

Digitized by Google



Digitized by Google

XXII
C.
23

Digitized by Google

Digitized by Google

LAI

I.

In quibus
stinct
dimia

S

by Google

ANTONII FABRI, I. C. SEBVSIANI,

SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS & in supremo Sabaudiæ Senatu Præsidis primarij,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS,

CHILIAS ABSOLVTA. SEV QVARTA ET POSTREMA PARS

In vigintiquinque Decades, vt superiores distincta.

In quibus noua pleraque potissimum circa actiones pœnales, rei persecutorias, mixtas, condictiones certi, incerti, furtiuam, triticariam, rerum amotarum, & omnes ferè arbitrarias. Itémque circa laudimiales quæstiones. Omnia aduersus receptas veterum & recentiorum interpretum traditiones.

Ad Serenissimum atque Inuictissimum D. Carolum Emanuelem Sabaudiæ Ducem, Subalpinorum Principem, &c.

COLONIÆ ALLOBROGVM,
Sumptibus Samuelis Crispini.
M. DCXV.

Digitized by Google

SERENISSIMO ATQVE INVICTISSIMO D. CAROLO EMANVELI, SABAVDIÆ DVCI, SVBALPINORVM Principi, &c.

ANTONIVS FABER S. & F. P.

POSTVLABAT iampridem ingentium meritorum erga me tuorum magnitudo, Dux inuictissime, vt meam De Erroribus pragmaticorum, & interpretum iuris Chiliadem ante tot annos inchoatam feliciter, tuísq; auspiciis dicatam absoluere pergerem, Non solùm vt extaret publicè qualecunque hoc & obseruantiæ, & gratitudinis in te meæ monumentum, nec longiore mora vrgentis officij gratiam labare sinerem, sed etiam, quod ad nominis mei tuendam, si qua est, existimationem pertinere maximè videbatur, ne si in liberanda fide cunctarer diutiùs, non modò iuris studiosorum omnium, sed tuam quoque expectationem dolo malo fefellisse viderer, aut, quod paris si non perfidiæ, saltem amentiæ & temeritatis fuisset, longè plura maioráque vltrò præstanda recepisse,

quàm præstare tãdem potuisse. Nec sanè fuisset mihi quicquam aut optabilius, aut antiquius, quàm vt & votis meis, & aliorum flagitationibus, in re præsertim adeò dulci & honesta, quàm citissimè, ac cumulatissimè satisfacerem, si quantum materiæ ad scribendum Errores interpretum offerebant, & indefatigabile meum de Iurisprudentia benè merendi studium suggerebat alacritatis, & animi, Tantum ocij à publicis meæ dignitatis functionibus, inter medias conclamatæ propemodum valetudinis anxietates, aut impetrare, aut subtrahere licuisset: A quo potissimùm tempore, tu, Princeps Serenissime, ad præcelsum hoc supremi in tanto Senatu honoris fastigium, me nihil minùs cogitãtem vltrò euehere ante quadriennium, ac promouere voluisti. Quid enim mihi, si non honorificentius, certè maius accidere poterat, & ad grati animi stimulos, quos optimo cuique natura indidit, excitandos efficacius, quàm à tanto Principe tãtum accepisse beneficium, priùs quàm meruisse? Quòd si ad æstimandam beneficij, etiam quod à summi Principis liberalitate profectum sit, magnitudinem multum referre solet, Quis, Cui, Quid, Quando, & Quomodo dederit, Ea verò vniuersa & singula in hanc vnam veluti collimationem magis ac magis ornandi mei sic concurrisse animaduerto, vt non facilè possim dicere, an munificentiæ tuæ magnitudinem tenuitas mea clariorem fecerit; & illustriorem, an potiùs tenuitatis meæ pudorem subrustium, munificentiæ tuæ amplitudo validior profligarit. Etenim si tanti Ducis maiestatẽ intueor, quis inter Christianos Principes & splendore generis, & maiorum siue antiquitate, & supra sexcentos annos continuata serie, siue claritate nobilior? Quis tam numerosa, & ad omnem pietatis ac virtutis laudẽ felicissimè progenita & educata prole generosissima vnquã beatior? Quis tam constanti perpetuáque populorum fide, amore, ac pietate securior? Quis belli

pacísque

pacísq; artibus instructior, exercitatior? & rerum domi forísque præclarè gestarum gloria excelsior? Adderem libentissimè nec minùs verè, si quid etiam hoc ad rem pertineret, AC IN CÆTERIS QVOQVE OMNIBVS FELICIOR, si in meliora tempora virtus tua, cui hoc vnum fortassis defuit, incidisset! Sin ad meam condicionem, tótque clarissimorum virorum præstantiam respicio, quibus etiam tacentibus, nihílque tale ambientibus tantò iustiùs ac propensiùs deferri honor hic debuisset, Quis non ex tam multis, quos hæc tua tibi exhibebat Sabaudia, me vno longè dignior, cui & tanta dignitas, & cum dignitate simul ipsa propemodū summa rerum committeretur? Illis maximè tēporibus sanè quàm periculosissimis, quibus ex Christianissimi, térq; maximi Galliarū Regis Henrici quarti horrenda nece, tanta imminebat toti Europæ rerum omnium perturbatio, vt non alij deferenda tùm hæc cura videretur, quàm ei qui non tantùm doctrina præcelleret, ac eruditione, [Cuius nescio qua literarum infelicitate nullus ad rempublicam bene gerendā vsus, aut non nisi perexiguus esse creditur] sed, quod in rebus agendis est præcipuum, longis tractandarum rerū experimentis gubernandi peritissimus, hac etiam parte cæteris omnibus anteiret. Si denique, quàm facili, ac propensa liberalitate, quod in beneficiis amplificandis caput est, hæc mihi dignitas per tuam Celsitudinem decreta sit, qua maior alia meæ ambitioni, si quavnquā fuit, reliqua esse nulla possit: Facere certè non possum quin glorier simul, & exclamem, Id omnium præclarissimè atque honorificentissimè mihi contigisse, quod neque meis vllis, aut amicorum meorū victus precibus, neque aulici cuiusquam præpotentis fatigatus importunis postulationibus, sed sola iudicij de me tui propensione, vt primùm de mei decessoris, Deus bone quanti viri! quanti Præsidis! obitu ad te allatum est, hāc mihi prouinciam continuò decreuisti, nullo gratiæ, aut ambitioni, nullo sordibus & largitionibus, aut

Digitized by Google

m fumi venditoribus relicto loco, si quis fortè tam malis
bus, quod à plerisque fit, aditum sibi ad tātum honorem
infamiam struere voluisset: In summa tam subitò, támq;
inanter, vt apud imbecillitatis meæ conscios, ni constātis
xploratæ prudentiæ tuæ rationibus vincerentur, hoc v-
ortasse dubitandi ansam præbere potuerit, an certo, ma-
ique iudicio abs te factum esset, quod tam citò fecisses.
: tanto contentus dato munere, Renatum quoq; meum
enatorium ordinē eodem liberalitatis impetu cooptasti,
uem non nisi Senatoriæ dignitatis meę successorem post
os cineres, te iam tùm ita indulgēte, sperauerā, nouo pla-
.c ante diem illum inaudito exemplo, haberem viuus la-
im meorum etiam testem & comitem, neq; Ordini am-
imo Faber Senator subtraheretur, sed Pręses Faber adde-
r. Sum ego, vt vides, Dux Serenissime, in acceptis benefi-
ommemorandis tantò longior, quantò tu expeditior in
erendis, & promptior extitisti: Non ob id solùm, vt tātò
ior sit oblectatio, quam ex eorum cōmemoratione per-
, [nec enim grato animo recordatio sufficere nuda po-
sed etiam vt facilè tibi persuadeas, Tametsi cætera, quæ
multa suppetunt, vrgēdæ meæ ad Chiliadem absoluen-
diligentię incitamēta defuissent: His tamen moueri me
isse, vt nihil prætermitterē, quod ad ostentādam meam
fide diligētiam facere videretur, siue quòd explendæ fi-
tio illa mihi semper visa sit omnium optima, quæ ce-
na: siue quòd manca remunerandi spe, quam immen-
beneficij anteuertat, eo minùs tardam gratiarum actio-
esse deceat, vel ob hoc ipsum, vt quod exhibēdæ grati-
is dignitati deest, exhibendi celeritate compensetur.
uerò, ne hoc quoque, quod in volentis cuiuslibet arbi-
ositū esse videtur, in mea fuerit potestate, præter quo-
i muneris mei continuam, ac ne vno quidē ferè die in-
ssam exercitationem, fecerunt etiam repentinæ pleræ-

que,

Digitized by Google

que, ac in ſingula penè momenta emergentes publicorum caſuum occaſiones, quę auidum, & ſua ſponte incitatum calamũ ab inchoato, nec mihi vnquam moleſto ſcribendi curſu reuocarũt. Taceo quod in ipſo ineundæ adminiſtrationis meæ primordio, ac per annum ſubinde propè integrum, is rerum noſtrarum ſtatus fuit, vt etiam de conſcribendo penè exercitu, &, quod erat conſequens de parandæ militaris annonæ, cura ſuſcipienda. Denique de cæteris quoq; omnibus ad militares functiones pertinentibus, hoc ſolo excepto, ne manu conſertum irem, cogitare me aſſiduè, nõ minùs quàm de forenſibus negotiis oporteret. Adeò mihi videbar, reluctãte licèt genio, veterum illorum Præſidum, qui olim prouincias Cæſaris regebant, imaginem quandam referre: Quorum ſicuti prima poſt Principem in ea prouincia poteſtas erat in omnibus, ita & ſuprema illa authoritas, vt ad eos ſolos abſente Cæſare, de vniuerſis belli pacíſq; conſiliis vice Principis referretur: Sileo tot mihi ab inde conflatas ex dignitate inuidias, tot contracta immerenter odia, tot vndiq; excitatas vltrò ne dicam gratis calumnias, quibus innocentiam meam onerare ac premere obtrectatores & æmuli non deſtiterunt, in id vſque tempus, quo te vnum, Princeps Sereniſſime, non minùs iudicij tui, quàm innocentiæ meæ conſtantiſſimum, & acerrimum propugnatorem experti, omnẽ opprimendi & nocendi animum, conatúmq; deſperatione victorię abiecerunt. Nam quemadmodum inuidia non ſolùm minoris, vt ille dicebat, ſed etiam peioris, ſemper eſt, ita facilè tandem fecit me ipſa rerum veritas ſuperiorem, patientia triumphantem. Etſi verò in hoc obeundo quantumuis periculoſo certamine, neque temporis, neq; operæ quicquam conſumpſi, ſic planè perſuaſus, quod & euentus ipſe comprobauit, ſatis mihi & in mea cõſcientia, & in Dei Opt. Max. tuáque protectione fore præſidij: Non poſſum tamen diſſimulare, quin quãtum & animi & ingenij viribus adiecit iſta

ntentio, tantum de mei ad ſcribendum ocij feſtinatione
dulcedine plerunq; detraxerit. Prætereo quàm plurimas
externis maximiſque Principibus ab eo tempore, tuo e-
n iuſſu & imperio, habitas, ſuſceptáſque Conſultationes:
æ ſi quando erunt in publicum editæ, quod amici pleri-
iam vrgent, noſtram ſi non eruditionem, certè diligen-
n teſtabuntur, vt appareat nihil minùs fuiſſe nos quàm o-
ſos, tùm quoque cùm nihil agere, nihil ſcribere videba-
r: Ne quid addam de Conſultationibus cæteris, quæ licèt
ioris momenti, Attamen vt frequentiores, ita importu-
res, quicquid tẽporis ſubciſiui ſuperfuit, à nobis aut vo-
ibus impetrarunt, aut inuitis extorſerunt. Sed liceat mi-
quæſo, per tuam Celſitudinẽ, Dux inuictiſſime, id vnum
tacere, quod tibi, vt ſpero, non iniucundum, Mihi verò,
ſque poſteris perhonorificum etiam apud exteras gentes
rũ eſt, Quod anno ſuperiore, cùm in eo res eſſet, vt gra-
mæ iſtæ de Montisferrati Ducatu contentiones priuata
miliari decertatione componi poſſe crederentur, Meam
operam in eam rem non inutilem fore ratus, vt quid mi-
iure tuo videretur ampliſſimè ſcriberem, imperaſti,
ſi crederes poſſe induſtriã meam aliquid iis addere, quæ
iliſſimi totius Italiæ, plerique etiam Galliæ Iureconſulti
multos annos in eandem litem elaborarãt: Cùm tamen
t ab iis tam accuratè exactéque tractata omnia, vt am-
mis eorum reſponſis, in volumina plura excreſcenti-
neque detrahi debere, neque addi poſſe quicquam pu-
ur. Quid? quod etiam difficillimo brumæ tempore per
ias niuium & procellarum tempeſtates, altáque mon-
præcipitia, Tu penè inuitus, &, quæ ſingularis tua fuit
anitas, de mea ſalute, ne quid fortè periclitaretur, ſolici-
e tamen vt ad Celſitudinem tuam venirem, Taurinum
aſti, non ſolùm, vt viſis inſtrumẽtorum tabulis authen-
quantum in ipſis collocandum eſſet ponderis ac mo-
menti

menti certiore iudicio perpéderem, Verùm etiam, vt si Mediolanum tandem proficiscendum esset ad causam, vt sperabatur, coràm & ex ore apud conuentos arbitros disceptandam, hic mihi aliisque viris clarissimis, quos ex Pedemontano Senatu præstantissimos selegeras, præcipuus honor deferretur. In quo etsi neque votis tuis, neq; expectationi meæ successus omnino respondit, propter contumacem illorum peruicaciã, qui sub ipsum profectionis & congressionis tempus, suspectum Mediolani locum, suspectos arbitros, suspecta denique dixerunt tempora, qui suspectas potiùs leges dicere debuissent, Attamen quemadmodũ tibi, Dux inuictissime, cessit feliciter, quod singularis tuæ ad pacem propensionis testem habuisti sacrosanctum Pontificem Max. Potentissimos Europæ Reges, totam Italiam, Europam denique vniuersam: atque ita totius belli, quod non potest iustum non esse, cùm est necessarium, inuidiam omnem, & iniuriam in aduersariorum caput retudisti: Ita & mihi gloriosè, quod post tot egregios scriptores, qui nihil intactum reliquisse videbantur, Feci tamen animi magis, quàm ingenij fiduciâ, nec tam doctrinæ quàm obsequij & obseruantiæ quadam abundantiâ, vt nouas quàm plurimas facti circunstantias, &, quæ ex facto nascuntur, iuris rationes certissimas, necdum ab alio anteà obseruatas adinuenerim, quæ, cùm ita iubente te lucem accipient, palàm facient, non magis Tribonianos tibi, ne dicam Papinianos ad disceptandum, quàm Bellisarios, & Narsetes ad bellandum, vincendúmque defuisse. Possent ista sufficere vt diuturniorem meam cessationem, nec ab officij mei obliuione aliqua, nec à crassiore vlla negligentia profectam esse intelligeres, sed à iustissimis aliis plerisq; caussis, quarum neque suspecta tibi fides, & veritas esse potest, neque vlla mihi culpæ suspicio ex iis metuenda: Verùm placet etiam addere, ne quid celem, quod ad vitæ meæ rationes tibi vni explicandas spectet, superiore toto ferè quadriennio

Digitized by Google

totidianã à me diligentiam in filiis meis iunioribus ad hãc
pinianeæ Iurisprudentiæ ſciẽtiam erudiendis impenſam
e: Cùm & paternæ adfectioni, & tibi, & Reipublicæ hoc
e debere crederem,& ipſi quoque Iuriſprudentiæ;vt quo-
um neque labantis & ingraueſcentis ætatis meæ ratio, ne-
e lubricum & incertum nutantis valetudinis vllum ferè
i locum relinquit de abſoluendis Rationalibus,aut de Pa-
ianea Iuriſprudentia perficienda, Facerem ſaltem ne de-
ent,qui meis cineribus hanc operam vicariam præſtarent,
ſque at fortaſſis etiam maiore felicitate, id omne quod à
in iuris ſtudioſorum gratiam inchoatũ eſſe viderent, he-
litario quodam iure ad optatum finem perducerent. Ne-
e tamen auiditati meæ moras iniicere omnia iſta potue-
it, quin præter auctum quarta Editione plus quàm quin-
itis Senatuſcõſultis Codicem, etiam Rationalia in ſecun-
n Pandectarum partem proſequerer: Quæ propemodum
oque abſoluta, ſicuti iam ferè typographos interpellant,
cùm erunt edita, quid nos circa cæteras tanti operis par-
præſtare poſſemus, ſi longiorem & lucis & ocij vſuram
us Opt. Max. daret, præclariùs indicabunt. Habes, Dux
ictiſſime, & ocij & dignitatis meæ rationes non in folle,
od aiunt, ſed in ſpecie ſingulorum penè temporum cau-
úmque enumeratione bona omnino fide explicatas ſub-
ctáſque. Tuæ iam eſt æquitatis,& beneuolentiæ æſtimare
culpandus ſim magis, quòd tardiùs de promiſſa Chiliade
em libero, An laudandus potiùs, quòd inter tot importu-
variorum impedimentorum diuerticula, rectum propo-
mei curſum nihilominùs conſtánter tenuerim, nec per-
ndæ Chiliadis inſtitutum aut abiecerim vnquam, aut in-
miſerim. En igitur tibi, Princeps Sereniſſime, totíque Iu-
rudentiæ Chiliadem abſolutam,nec infeliciter, ſi nõ mi-
nimis blandior. Sic enim omnibus perſuaſum,teſtatúm-
e eſſe cupio; In priores huius operis partes ea tantùm me

contu-

Digitized by Google

contulisse,quæ ab interpretibus & pragmaticis ignorata credidi:In hanc verò vltimam,nihil ferè nisi ea,quę ipse ego anteà ignoraui: Ne dubitare quisquam debeat, quin potuerit hoc opus in immẽsum excrescere, vt sunt infinita propemodum ea, quæ non minùs à me quàm à cæteris omnibus in hunc vsque diem ignorata fuerunt,nisi me ipsa operis inscriptio intra cẽtesimæ Decadis cancellos inuitum cohibuisset, Ingens planè ac magnum opus, quidni enim iam perfectum laudem? & dignum prorsus quod aduersus obtrectatorum, si qui adhuc supererunt accusationes & calumnias, augustissimi nominis tui patrocinio fulciatur, Vt si fortè, quod assequi tentauimus, nobilissimam scientiam tot scatentem & fœdatam erroribus à barbarorum spurcitie hoc nostro labore aliqua ex parte vindicatam & pristinæ dignitati suæ restitutam fuisse credet posteritas, nõnihil mihi debere se agnoscat, Omnia verò tibi. Quàm enim præclarè de me scriptisque meis sentias, non certioribus aut grauioribus rerum argumentis probare possis, quàm quod & amandi & ornandi mei finem hucusq; nullum facis: Testata etiam publicè non semel constantis huius voluntatis tuæ causa, quæ si vera est, perpetuam vtique mihi beneuolentiam tuam pollicetur, Quòd inter tam multos qui hac ætate iurisprudentiam nostram vigiliis suis illustrarunt, non postremam & laboris & ingenij laudem mihi debitam esse arbitreris. Sed sentient quidem posteri vt volent, volent autem, si ex præteritorum cognitione de futuris bene ominor, vt debebunt. Mihi amplissima tot lucubrationum merces illa fuerit, si primùm Deo Opt.Max.qui & velle dedit & perficere, non ingratum obsequium præstitero, & tuæ Celsitudini quantulamcunque gratissimi erga te animi mei significationem: Non vt pro tot beneficiis quibus me obstrictum tenes, aliquid tibi à me vicissim rependatur,quod neque verecundia mea sperare debuit, neque beneficentia tua expectare, sed vt intelligas

que maius, neque dignius quicquam præſtari à me in hoc
:ibendi genere potuiſſe. Benè vale Dux inuictiſſime, & Se-
niſſime, mihíque & tuis omnibus diutiſſimè tot tanto-
mque Principum, Felix nepos, Felix pater, Felix viue. Dat.
umberij 4. Id. Decembr. 1614.

AD LECTOREM,

In laudem & commendationem operis.

Qui decies denos decies demonſtrat in vſu
Errores, Themidis pandit & antra ſacra,
Is decies decimam decies perſoluit alumnis,
Iuris & errantis nauis adæquat iter.
Dic mihi quæ tanti ſint præmia digna laboris?
Anni mille parum, ſæcula mille ſatis.

INDEX

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

Prior numerus Errorem, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

DECADIS LXXVI.

DECADIS LXXVII.

DECADIS LXXVIII.

DECADIS LXXIX.

DECA-

DECADIS LXXX.

DECADIS LXXXI.

DECADIS LXXXII.

Digitized by Google

DECADIS LXXXIII.

DECADIS LXXXIIII.

locus

Digitized by Google

DECADIS LXXXV.

DECADIS LXXXVI.

INDEX ERRORVM.

DECADIS LXXXVII.

DECADIS LXXXVIII.

DECADIS LXXXIX.

ἐις τὸ λεά-

Digitized by Google

DECADIS XC.

DECADIS XCI.

Digitized by Google

DECADIS XCII.

DECADIS XCIII.

DECA-

DECADIS XCIIII.

DECADIS XCV.

DECADIS XCVI.

Digitized by Google

DECADIS XCVII.

DECADIS XCVIII.

Si diui-

Digitized by Google

DECADIS XCIX.

DECADIS C.

Digitized by Google

Digitized by Google

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO Sabaudiæ Senatu Præsidis primarij,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS, DECAS LXXVI.

ERROR I.

De triplici culpa lata, leui, & leuissima.

CVM tam frequens in libris nostris mentio fiat triplicis generis culpæ, latæ, leuis, & leuissimæ: Mirum est nondum constare inter iuris nostri interpretes quænā sit lata culpa, quænā leuis, & quæ leuissima. Nam si consulas vetustiores distinguebant illi quinque species culparum, latissimam, latiorem, latam, leuem & leuissimam, Moti vt videtur ex eo, quod sicuti latam culpam passim Iureconsulti dixerunt, ita latiorem dixit Nerua quem Celsus probat *in l. quod Nerua* 32. *D. deposit.* Quòd si aliqua latior est quàm ea quæ sit lata, consequens est vt sit etiam aliqua latissima, Ne vbi adest comparatiuus desit superlatiuus. Sed hanc sententiam bene iam ante nos refutauit Zasius, ex eo quod plus & minus non constituant diuersas species, nec faciant differre specie, vt loquūtur philosophi: Neque verò dubitandum est Neruam dixisse olim latiorem culpā, pro lata, sumpto per elegantiam comparatiuo pro positiuo, vt aliàs passim inter bonos latinitatis authores: Non quasi sit illa media culpa inter latam & latissimam. Si qua enim esset latissima culpa, esset illa haud dubiè cùm quis ignorasse se diceret id quod omnes sciunt: Siquidem hic finis est latæ culpæ, vt loquitur Iurec. *in l. lata culpa* 223. iunct. *l. cedere* 213 §. *vlt. De verb. signific.* id est vt ego interpretor, non potest lata culpa quantacunque extendi latius aut longiùs quàm ad eum vsque

Digitized by Google

negligentiæ & ignorantiæ gradum, vt quis non intelligat id quod omnes intelligunt, & tamen culpam illam latam lex vocat non latissimam. Nulla igitur culpa est tam lata quæ latissima dici possit aut debeat ad differentiam latæ, Etsi fatendum est huius ipsius latæ culpæ varios esse gradus, sed quorum tamen varietas nullam iuris varietatem inducere queat: Nisi quod non omnis lata culpa dici potest dolo proxima, licèt è contrario non possit culpa dolo proxima esse, quin sit lata: quod tamen pauci obseruant. Cùm enim culpa non tam ex negligētia proficiscitur quàm ex crassa illa, supina, & intolerabili ignorantia quæ nescit etiam ea, quæ omnes sciunt, tantùm abest vt sit dolus, vel ad dolum proximè accedat, vt neque doli capaces esse videantur ij quibus huiusmodi culpa imputari potest. Adeo distat à dolo stoliditas & ignorantia, non etiam summa negligentia, quæ comitem semper habet scientiam, Alioqui nec negligentia dici posse videretur; Quare nec prudentes nostri semper ista confundunt, culpam scilicet latam, & culpam dolo proximam, sed aliquando latam culpam dicunt, iis nimirum casibus quibus nihil interest qualis ea culpa lata sit, & vnde causam habeat. Aliquando verò exigunt nominatim, vt ea culpa sit dolo proxima, *vt in l. 4. de magistr. conuen. l. 1. §. non alias. D. si is qui test. lib. ess. iuss. l. 1. §. hæc actio si mens. fals. mod. dixer. l. 1. §. is quoque in fin. D. de oblig. & action. . si fideiussor. 29. circ. princip. D. mandat. l. impuberibus 7. §. si fraus. De suspect. tut. l. quæsitum 8. §. illud adnotatur D. de precar.* Quoties videlicet ex sola doli adfinitate, & proximitate nascitur odium culpæ latæ, propter quod ea puniri debeat. Sunt igitur tres tantùm culpæ species, lata, leuis, & leuissima, licèt cùm quæritur de lata distinctiones quædam adhibendæ sint, vt sciri possit vnde proficiscatur, quod & ex sequentibus apertiùs intelligetur. At contrarius Corrasij & quorundam recentiorum error fuit, qui licèt perinde tres tantùm culpæ species agnoscant, diuidunt tamē culpam in leuem, leuiorem, & leuissimam, nec latæ magis quàm latioris aut latissimæ vllomodo meminerunt, Quasi prudentiores prudentibus nostris, qui de lata culpa tam sæpe locuti sunt, de latiore verò etiam aliquandò. De leui autem & leuissima quas nos etiam admittimus locuti quidem illi sunt, sed de leuiore nunquam. Videtur porrò hæc opinionum in re tam alioqui trita & clara diuersitas ex eo profluxisse, quod quænam lata culpa sit, quænam leuis, & leuissima non omnes intellexerunt. Latam enim culpam sunt qui ex eo solo æstiment quod dolo proxima sit, quos iam refutauimus *ex d. l. lata*. Alij ex summa negligentia moti ex *l. magna eod. tit. de verb. signif.* Quasi verò non possit esse lata culpa vbi est aliqua diligentia eo casu quo lata culpa causam habet à negligentia: quòd tamen apertè falsum est, & à Celso refutatum *in d. l. quod Nerua*, vbi ait, etiamsi quis ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit, si tamen non ad suum modum curam in deposito seruando adhibeat, non tantùm latæ culpæ conscium eum esse, sed etiam fraude non carere. Alij denique de lata culpa sic sentiunt vt dicant eam duobus indiciis deprehendi, quorum vnum est, si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit, alterum si non ad suum modum curam in rebus alienis adhibeat, sed minorem quàm in suis. Ex *dict. l. quod Nerua*. In quo haud dubiè falluntur. Nec enim hominum natura desiderat tantam diligentiam, vt lata culpa sit si quis minorem præstet. Contenta enim est natura mediocribus, nec nisi mediocrem à nobis diligentiam requirit, quam vbi quis præstitit, naturæ vtique satisfecit, sed non semper officio, siue maiorem in rebus suis diligentiam adhibere solitus probetur, siue talis casus sit, in quo nō sufficiat tantam eum adhibuisse in rebus

alienis

alienis, quantam in suis solet, si modò alius diligentior paterfamilias maiorem adhibere potuit atque ita rem seruare, *vt in §. itē is cui. vers. at qui vtendum. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Nam & sic Seneca *in lib. De ira*, Quàm inquit, angusta innocentia est, ad legem bonum esse, id est ad eum vsque duntaxat modum quem lex requirit. Imitatur enim lex naturam quantum potest, vt in cæteris omnibus ita in hoc quod mediocrem in ciuibus bonitatem exigit, vt natura mediocrem in omnibus hominibus, diligentiam. Dicamus igitur exemplo Senecæ Angustam esse diligentiam, ad naturam esse diligentem, id est vt Celsus noster loquitur ad eum modum quem hominum natura desiderat. Neq; pugnat quod scriptum est *in d. l. quod Nerua.* vbi manifestè abundat negatio quæ istos fefellit, vt sequenti capite dicemus; Si enim verum esset quod illi vtrunque supponunt, Et latam culpam esse, quoties quis non ad eum modum quem natura hominum desiderat diligens est, Et diligentiam quam natura hominum desiderat esse maximam, Consequens esset, vt qui minorem in alienis quàm in suis rebus diligentiam præstitisset, latam culpam admisisse dici deberet, non quia minùs diligens fuisset in rebus alienis quàm in suis, sed quia non ad eum modum diligens fuisset, quem hominū natura desiderat. Quæ res faceret vt nihil ei prodesse deberet ad latam culpam euitandam, quod tantam in alienis rebus seruandis quantam in suis diligentiam præstitisset, si neque in suis, neque in alienis ad eum vsque modum quem natura exigit, diligens fuisset, id est vt isti interpretātur si nō exactam diligentiam adhibuisset, Exactam, inquam, id est cui nihil desit, ac proinde inter quam & exactissimam diligentiam nihil penitus intersit. Nec enim exacta esset diligentia quæ aliam exactiorem admitteret. Atqui hoc euidēter falsum est, maximè in deposito, de quo *in d. l. quod Nerua*; Si enim depositarius in rebus suis sit negligentissimus, non potest ei imputari quod in deposito seruādo nec mediocriter quidem fuerit diligens, sed imputare potiùs sibi debet is qui deposuit, cur tam negligenti amico rem suam custodiendam dederit, vt scriptum est *in §. is quoque. Instit. quib. mod. re contr. oblig. & in l. 1. §. is quoque De oblig. & action.* Sed & in eo falli mihi videntur quod culpam omnem ex negligentia æstimant vt vbicunque negligentia est saltem magna, ibi etiam culpa sit, quod tamen non ita est. Permittitur enim cuilibet in rebus suis esse negligentem, ita vt non idcirco in culpa aliqua esse videatur, Quis enim culpā ei obiiceret? Sed quæ in propriis rebus negligentia, ea in alienis culpa est, quia non debet esse impunita negligentia eius qui præstare diligentiam circa res alienas debuit: Quemadmodum dicere solemus sæuitiam domini quæ in propriis seruis culpanda est in alienis esse coercendam *l. si constante* 24. *§. si maritus D. solut. matrim.* Et ita debet accipi quod scriptum est *in d. l. magna De verb. sign.* Magnam negligentiam culpam esse, in rebus scilicet alienis non etiam in rebus negligentis. Nam & statim sequitur *Magna culpa dolus est*, vt intelligamus magnā negligētiā eo ipso casu culpā esse quo magna culpa dolus sit: Atqui nemo sibi ipsi dolū inferre pōt, sed tantū alteri: Ergo neq; culpā. Et quod dicimus culpā æstimari ex defectu diligētię quoties id quod à diligēte patrefamilias pręuideri ac ꝓuideri potuit, neq; præuisū neq; ꝓuisū est *l. si putator* 31. *ad l. Aqu.* ita sēper accipiēdū est, vt ea negligētia circa personas alias, & circa res alienas versetur, nō circa rē aut personā ipsius negligētis. Dicendū igitur est latā culpā aliquādo ex sūma & crassissima ignorātia deprehēdi cùm quis ignorat id quod omnes sciūt, qui finis est latę culpæ, vt diximus. Aliquādo aūt ex negligētia, quæ nō minùs quàm diligētia sēper sciētiā ꝓsupponit. Cū aūt ex negligētia ęstima-

Digitized by Google

tur, tribus eã indiciis deprehẽdi, si quis nullã penitus in alienis reb. diligentiam præstiterit: Aut si aliquam quidem sed minimã in ea re expedienda quæ maiorẽ exigebat, Aut denique si magnam quoque, sed tamen minorem quàm in rebus suis *d. l. quod Nerua.* Qui postremus casus sanè notandus est, in quo lata culpa concurrere potest etiam cum magna diligentia, & in quo tamen lata culpa non tantùm accedit proximè ad dolum, sed etiam dolus semper est, Cùm in cæteris casibus in quibus lata culpa ex minima nullâve negligentia, aut ex crassissima ignorantia æstimatur non solùm non sit dolus sed neque dolo semper comparetur. De leui culpa minor dubitatio est, Fatentur enim vulgo, leuẽ culpam esse quoties tantam diligentiam quis in rebus alienis adhibet quantam in suis adhibere solet, Quæ tamen diffinitio si propius inspicias non est bona. Quid enim si de eo tractemus qui in rebus suis diligens sit ad eum saltẽ modum quem natura hominum desiderat, id est saltem mediocriter? Cur dicamus esse illum in leui culpa si ad eundem vsque modũ diligens sit in rebus alienis? Itaque cùm ad constituendam culpam etiam leuem necessariò supponenda sit negligentia, Rectiùs quis definierit leuem culpam esse quoties is qui in rebus suis alioqui negligens est, non magis tamen in alienis rebus est negligens quàm in suis. Nã & illa leuis negligentia dicitur quantacunq; sit illius cui est illa in rebus suis cõsueta, súntq; ista synonima Leuis, & Rebus suis consueta negligentia, vt scripsimus *in Error. 1. Decad. 71. ex l. mulier 22 §. sed enim D. ad S.C. Trebell.* Nã quod quidã putant leuem culpã esse in suis rebus diligentiam, in alienis negligentiã, non potest iudicio meo defendi cùm sit illud exemplum non tantùm latioris culpæ, sed etiam doli *d. l. quod Nerua.* de qua pluribus sequenti capite dicemus. Quænã igitur erit culpa leuissima? Nã de hac sola nobis dicendũ superest. Pleriq; putant eam solã esse, quæ nascatur ex imperitia, dum ne affectata vel ex infirmitate sexus aut ætatis vel etiã ex rusticitate. Sed parũ subtiliter meo iudicio: Nã & imperitiæ & sexui & ætati & rusticitati vt plurimùm parcitur, *l. si id quod §. §. 1. D. de iurisdict.* At nos tractamus de culpa leuissima quæ pœnã mereatur, eo nimirũ casu quo etiã leuissima culpa sit præstanda, puta si de cõmodatario agatur qui per culpã leuissimã amiserit rem sibi commodatam. Cùm enim solius cõmodatarij gratia cõmodatum fiat, æquum est teneri cõmodatariũ non modò de lata culpa, & de leui, sed etiam de leuissima, & quidem ita vt neq; imperitiæ neq; sexus, neq; ætatis, neq; rusticitatis obtẽtu vllo possit se excusare. Nec enim tanta illa imperitia etiã quæ per ætatem contingit cuiq; ã captiosa esse debet, licèt sit ea omnium minimè suspecta *l. qui autem 6. §. si quid cum pupillo D. quæ in fraud. credit.* Dicendum igitur est leuissimã culpã esse cùm quis in alienis rebus conseruandis adhibet diligentiam, non solùm tantam quãtam rebus suis adhibere solet, sed etiam maiorem, at minorẽ tamẽ quàm adhiberi potuerit à patrefamilias diligentiore. Nam ei qui exactam diligentiam præstare debet & cui diligentiæ nihil desit, parũ prodest tantã adhibuisse quantã in rebus suis solet, adeóq; nec longè maiorẽ si modò aliquis diligẽtior paterfamilias reperiri possit, qui rẽ alienam custodire meliùs potuerit, vt disertè Iustinianus scribit *in d. §. itẽ is cui. Inst. quib. mod. re contr. obligat.* vbi quãuis hoc tantùm dicat, Non sufficere cõmodatario, tantam in re cõmodata custodienda diligentiam adhibuisse, quãtam in suis adhibere solitus sit, Cùm tamen subiiciat illud vnũ intuendum esse, an diligentior aliquis paterfamilias reperiri potuerit, qui rem commodatam meliùs custodiisset, Satis apertè indicat parũ referre an commodatarius parem atque in rebus suis diligentiam præstiterit an maiorem dum ne penitus exactã.

Omnis

Digitized by Google

Omnis enim diligentia quantacunque sit intra fines exactæ diligentiæ, minor est, quàm quæ à commodatario præstari debet, quam necesse est exactam esse, id est quomodo supra interpretati sumus, tantam quanta maior & exactior adferri nulla potuerit, ac proinde quæ sit exactissima quomodo eam vocat Vlp. *in l.1.§.is verò De obligat. & action.* Vnde fit vt nunquam probare potuerim quod Tribon. scribit *in §.vlt.quib.mod.re contr.oblig.* debere creditorem in custodiẽdo pignore exactam diligentiam adhibere. Nec illam rursus rationem qua mouetur quod pignus vtriusque cõtrahentis gratia detur. Nam hæc ratio facit omnino, vt dicendum potius sit creditorem non magis teneri de culpa leuissima quàm de casu fortuito, si bona est ratiocinatio Vlpiani *in l.5.§.nunc videndum 2.D.commod.* Vbi disertè scribit in pignore solum dolũ & culpam præstari. Ad differentiam commodatarij qui etiam diligentiam præstare debet, id est culpã leuissimam, quia solius commodatarij gratia fit commodatum. Diligentiam enim præstari dicũt Iurecõsulti pro eo quod est præstari culpam leuissimam *d.l.contractus 23.de reg.iur.* illis verbis *in his quidam & diligentiam.* Itaq; quod cõtrà scriptum est *in d.§.vltim.* inscitiam Triboniani prodit qui & falsam propositionem ex nullo Pandectarum aut Codicis loco desumptam nobis tradidit, & mala ratione licet non falsa suppositione eam confirmauit, nisi malit legere minus exactam & casum fortuitum intelligere quem exactissima diligẽtia potuerit impedire: Ad differentiam scilicet; commodatarij quem quoniã de culpa etiã leuissima tenetur, placet teneri de casu quoq; fortuito, quẽ si fuisset diligẽtior euitare potuisset *d.l.§.itẽ is cui. verʃ.at is qui vtendũ quib.mod.re contr.obli.*

ERROR SECVNDVS.

De lectione & sententia l.quod Nerua 32.D.deposit.

REFERT Celsus *in l.quod Nerua 32. D.deposit.* solitum Neruam dicere latiorem culpam dolum esse. Hoc verò displicuisse Proculo, quippe qui putabat culpã siue latã, siue quod idem est latiorem aut latissimam lubeat dicere, nunquam dolum esse, sed tantùm vel dolo proximam, vel dolo æquiparandam dici debere. Nam & sic alij ferè omnes Iureconsulti locuti sunt si Paulũ excipias qui scripsit *in l. magna negligentia 226. De verb. sign.* nõ solũ magnam negligentiam culpã esse, sed etiam magnã culpã, id est latam dolum esse. Alij verò tum etiam cùm eandẽ rationem constituunt doli & latæ culpæ, non ideo tamen latam culpam dicunt esse dolum, sed vel prope dolũ vt ait, *l.si fideiussor.29.mandat.l.impuberib.7. §.1.de suspect.tutor.* vel dolo proximã vt *in l.4.in fi.De magistr.conuen.l.quæsitum 8.§.illud de precar.* vel dolo cõparari vt *in leg.1. §.hac actio si mens.fals.mod.dixer.* vel dolum repræsentare, *l.1.§.non alias si is qui testam.lib.ess.iuss.* vel in doli crimen cadere, *leg.1.§.is quoque in fi.De oblig. & action.* Denique latam culpam à dolo ita separant vt facilè appareat, dolum eos à lata culpa perpetuò separasse. Quodquod nec passim semperque verũ est, latam culpã dolo cõparari? Putà in lege Cornelia de sicariis in qua dolus pro facto accipitur, id est pro eo dolo qui reuera & facto ipso admissus sit, nõ pro culpa lata, quæ licèt dolo malo interdũ comparatur, præsumptionem tantum doli inducit, non dolũ verũ qui pro facto accipi possit, *l.in lege D.ad leg. Cornel.De sicar.* Quo exẽplo etiã generaliter placet interpretibus in causis criminalib. quoties de corporali pœna infligenda tractatur, latã culpã non modò non esse dolum, sed neq; dolo æquiparari. Quinimò disputant verũ in ciuilibus quoq; causis idẽ obtineat, puta cùm agitur de in litem iurando, Nec desunt qui

Digitized by Google

putent ob latam culpam non iurari in litem nō magis quàm ob leuē,sed ob dolū tantùm,licèt cōtraria sententia tandē obtinuerit, Et rectè *ex l.2. C.de in lit.iur.* vbi disertè scriptū est,Etiā contra heredē tutoris posse in litē iurari si vel dolus ipsius vel lata culpa,vel fraus interuenerit in occultandis & nō exhibendis instrumentis pupillaribus.De quo tamen dicēdum latiùs erit, c.seq. Est.n.locus ille,meo iudicio, obscurus, &,ni fallor, mendosus.Illud ergo mirum sanè est, quòd Nerua dicebat latā culpā dolū esse.Neq; quod delatiore nō de lata loquebatur,mirādi causam tollere potest,cùm nihil penitus intersit inter latā culpam latiorem & latissimam,quemadmodū superiore capite ostendimus.Nec proinde immeritò displicebat ea sententia Proculo,vt idem Celsus refert,qui tamen subiicit eam se verissimam putare. Rationē verò adfert, *Nam & si quis*,inquit, *non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suū modum curam in deposito præstat fraude non caret.* In qua ratione illud primum explicare non possum quod dicitur de eo qui non ad eum modum diligens est, quem hominum natura desiderat. Siue enim sic intelligas,vt hominum natura desideret,ab vnoquoque exactissimam diligentiam,ac proinde, vt in lata culpa sit, quisquis non ad eum modum diligens est, quod tamen nos supra refutauimus, quid attinebat subiicere, Nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstet,fraude eum non carere. Quid enim depositario prodesse deberet quod ad suum modum curam in deposito seruando præstitisset, si non eo minùs culpam latam contraxisse dicendus esset, ob id quod non ad eum modum quem hominum natura desiderat, id est non exactissimè diligens fuisset? Siue sic intelligas quomodo sanè intelligi Celsus debet, vt non nisi mediocrem diligentiam à nobis natura desideret, Depositarius verò talis sit,qui suis in rebus conseruandis exactissimam præstare soleat. Quis dubitat depositarium in lata culpa esse quem ponimus,nec ad eum quidem modum quem hominum natura desiderat diligentem fuisse,id est ne quidem mediocriter in deposita re custodiēda,si ad euitandam latæ culpæ reprehensionem nec illud sufficit vt mediocrem diligentiam in deposito præstet qui in suis præstet exactissimam? Itaque vt dubitandi ratio aliqua sit, quam exprimere Celsus voluit iis verbis, *nam etsi quis* fatendum est meo iudicio expungendam esse negationem, quæ statim sequitur in illis verbis *non ad eum modum*, Qua sublata sensus erit & elegans & apertus, Non satis esse depositario qui in seruandis rebus suis mediocri diligentia contentus non est, sed maiorem adhibere solet quàm vulgus hominum adhibere passim soleat si in deposito custodiendo mediocrem adhibeat, & qualem hominum natura desiderat quæ mediocribus ferè semper & in omnibus contenta est,Sed ad declinandam latæ culpæ adeóque doli inuidiam illud prætereà exigi, vt maiorem illam diligentiam quæ supra mediocrem est & quam in suis rebus adhibere solet,adhibeat etiam in deposito seruando, Alioqui non videatur carere fraude. *Nec enim* vt subiicitur *salua fide minorem iis rebus*, id est depositis *quàm suis diligentiam præstabit.* Cui consequens est vt si in suis rebus sit negligentissimus, non possit ei ad latam culpam imputari quod in seruando deposito nec mediocriter diligens fuerit, quia sibi potius debet imputare qui deposuit cur negligenti amico rem suam custodiendam dederit *dict. leg.1. §. is quoque.de obligat.& action.§.is quoque inst. quibus mod.re contr.oblig.* Ex quo apparet præcedentem illam clausulam quam sublata negatione sic legimus, *Nam etsi quis ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est*, non ita esse accipien-

accipiendam vt de eo depositario intelligatur, qui absolutè ac in omnibus sit tam diligens quàm hominum natura desideret, id est mediocriter, sed vt de eo qui cùm in rebus suis sit longè diligentior & supra mediocritatem, in depositis tamen rebus seruandis mediocri diligentia contentus est, Ac si Celsus scripsisset, *Nam etsi quis ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est in seruando deposito*, vt constat ex illis sequentibus *curam in deposito praestet*. Itē ex eo quod subiicitur *minorem iis quàm suis rebus*. Qui enim natura sua non magis esset diligens quàm hominum natura desiderat, quomodo posset in rebus suis maiorem quàm mediocrem diligentiam præstare? Aut quomodo teneri de lata culpa ob non adhibitam in depositis rebus seruandis maiorem quàm mediocrem diligentiam, si nec in suis rebus eam adhibere posset? Planè non idem erit ex contrario. Nam & qui infra mediocritatem diligens fuit in custodiendis rebus suis, id est qui absolutè ac in omnibus negligentior est quàm hominum natura patiatur, non eo minùs in lata culpa fuerit, si adhuc minorem diligentiam præstet in depositis rebus tuendis quàm in suis, Non quia minus diligens fuerit quàm hominum natura desideret, sed quia negligentior in seruando deposito quàm in suis rebus: quod sine fraude & salua fide fieri nunquam potest; Nec probè possit obiici, Esse imputandum ei qui deposuit cur tam negligenti amico rem suam custodiendam dederit. Facit enim hæc ratio nihil aliud nisi vt non maiorem debeat, à depositario diligentiam exigere quàm solitus ille sit rebus suis adhibere, Non etiam vt impunè debeat ferre depositarius si in re deposita seruanda præstiterit minorem. Itaque cùm quæritur, An depositarius sit in lata culpa quæ non tantùm dolo æquiparari, sed etiam dolus dici possit, Non illud inspiciendum est, An ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit, an non ad eum modum siue in rebus suis, siue in depositis custodiendis, Sed hoc tantùm, An minorem in depositis quàm in suis seruandis diligentiam adhibuerit siue diligentissimus fuerit in rebus suis, siue negligentissimus. Dicet aliquis, ita ergo futurum vt parum intersit an negationem quam tollimus retineamus. Imò inquam interest, quoniam hic postremus casus longè minorem minúsque elegantem habet dubitationem, Cùm nemo non videat minùs fauorabilem esse depositarium qui in deposito seruando nō modò leuiorem quàm in re sua diligentiam adhibuit, sed etiam minorem quàm hominum natura desideret. Longè verò fauorabiliorem eum esse, qui si non tātam in depositis rebus adhibuit, quantam in suis, non minorem tamen adhibuit quàm quæ ab hominum natura desideretur. Si enim quantacumque depositarij negligentia excusata esse solet, quanto magis ea quæ mediocrem diligentiam non excludat? Et sanè ita esset si non illa mediocris diligentia in dolum & fraudem manifestè degeneraret ex comparatione alterius maiorisque diligentiæ quam is in rebus suis adhibere solitus probetur. Quę tota sententię Celsi & Neruæ ratio est. Ex qua porrò intelligimus, vt superioribus obiectionibus satisfaciamus; Non adeo generaliter dictum Neruæ accipi oportere quasi is senserit, Omni casu omnem culpam latam esse dolum, Sed coangustandam esse ad actionem depositi de qua tractabat, & alias similes in quibus agitur de fide rupta, vt loquitur Vlpianus *in leg. ei qui. 5. D. deposit.* Nam sicuti non potest negari quin non tantùm lata culpa, sed etiam dolus sit fidem fallere, Ita neque dubitari quin fidem fallat depositarius, qui minorem in rebus depositis

Digitized by Google

custodiendis quàm in suis diligentiam adhibet. Quod apertè & appositè Celsus exprimit, cùm ait, *Nec enim salua fide minorem iis quàm suis rebus diligentiam præstabit:* Vt intelligamus aliud responsurum Celsum fuisse, itémque Neruam, si salua fide posset fieri, vt depositarius minorem alienis quàm rebus suis diligentiã præstaret: Atqui non quoties agitur de lata culpa etiã agitur de fide rupta, Vt puta si quæramus de lata culpa magistratus qui vel nullum fideiussorem vel euidenter inopem exegit ab eo quem tutorem pupillo dedit, vt *in leg. 4. de magistr. conuen.* Aut de lata culpa heredum tutoris, contra quos ex ea causa velit adultus iurare in litem, vt *in d. l. 2. C. de in lit. iur.* Aut denique ne tam multos casus qui passim occurrunt congeramus, quoties agitur de lata culpa quæ ex crassissima ignorãtia proficiscatur cùm quis id ignorat, quod omnes intelligunt vt *in l. lata culpa 223. & l. cedere diem 213. §. vlt. De verb. signif.* Prioribus enim duobus casibus, & aliis similibus, nihil est quod de fide rupta tractari possit, cùm neque magistratus fidem vllam dederit pupillo, neque heres tutoris, Quamuis proponas magistratum eum esse qui non nisi acceptis idoneis fideiussoribus pecunias suas collocare solitus sit, aut tutoris heredem illum, qui diligentior sit in rebus suis quàm in pupillaribus administrandis; Et idcirco quantumuis lata culpa illa magistratuum aut heredum tutoris dolus esse nunquam potest, sed tãtùm dolo proxima *d. l. 4.* Hoc ipsum verò non ex comparatione maioris diligẽtiæ, quam vel magistratus vel tutoris heres in rebus suis adhibere solitus sit, sed ex comparatione minimæ diligentiæ, summæq; negligẽtiæ, cui ex diametro lata culpa opponitur, Sicut & culpa leuissima exactissimæ diligentiæ *§. item is cui Inst. quib. mod re contr. oblig.* Vltimo autẽ casu cùm lata culpa, nõ tam ex summa negligentia quàm ex crassa & supina ignorantia proficiscitur, multo minùs possit quis dicere latã culpã dolum esse in persona eius qui tã sit stolidus & rerũ humanarũ imperitus vt neq; doli capax esse videatur. Ergo neq; dictũ Neruæ & Celsi perpetuò verum est, neque Proculi reprehẽsio semper iusta, Et consequenter errauerit meo iudicio quisquis generaliter aut affirmare voluerit latam culpam dolum esse, aut negare.

ERROR TERTIVS.

De in litem iurando ob latam culpam Ad l. 2. C. de in lit. iur. & de lata culpa in causis criminalibus vindicanda.

FVERVNT ex veteribus glossatoribus pleriq; quibus visum est, Non posse iurari in litem ob latam culpam, Ex *l. videamus 4. §. vlt. & l. in actionibus 5. D. de in lit. iur.* vbi disertè scriptum est ob solum dolum iurari in litem non etiam ob culpam. Item ex eo quod iusiurandũ in litem pœna quædã sit aduersus eos constituta qui sunt cõtumaces in aliena re restituenda, vt eorũ cõtumacia æstimetur vltra rei preciũ, quomodo scriptũ est *in l. 1. eo. tit.* In pœnalib. autem in quibus solet prohibita esse extensio, non putant fieri debere vt lata culpa pro dolo accipiatur *arg. l. in hac l. 7. D. ad leg. Cornel. de sicar.* Contraria tamen sententia verior est magisq; tandẽ obtinuit, vt monuimus in præcedentib. Ex *l. 2. C. de in lit. iur.* vbi disertè scriptũ est cõtra tutoris heredẽ, ita demũ æstimandã esse litem à iudice citra vllũ iusiurãdũ, si neq; dolus neq; lata culpa neq; fraus heredis vlla interuenerit: Ne dubitare possimus iuramẽto in litẽ locũ fore si lata culpa nõ minùs quàm si vel dolus, vel fraus heredis interuenisset. Nã quin aduersus heredẽ tutoris ex proprio dolo iuretur, nõ dubitatur *l. cũ ostẽdimus 4. D. de fideius. tutor. & curat.*

& curat. Neq; pugnat quod tot locis scriptũ est, Ob solũ dolũ iurari in litẽ *d.l. in actionib.* etiã cõtra tutorẽ ipsum quẽ tamẽ cõstat duriùs teneri quàm heredem ipsius. *l.alio iure 3.C.de in lit.iur.* Nec.n.doli mẽtio etiã restrictiuis verbis facta latã culpã vnquã excludit, quippe quæ etsi non semper dolus est semper tamen dolo proxima est dolóq; cõparatur, Imò & dolũ repræsentat vt scriptũ est *in l. 4.de magistr.conuen.l.quæsitũ 8.§.illud D.de precar.l.1.§.hac actio. D.si mens.f.ls. mod.dixer.l.1.§.non alias.D.si is qui testam.lib.ess.iuss.est.* nisi cùm non tam ex negligẽtia quàm ex summa & crassissima ignorãtia proficiscitur. Multò minus verò illud obstat quod additur *in d.l.4.& 5.* Nõ iurari in litẽ ob culpã sed æstimari eã à iudice debere. Id.n.de leui culpa intelligẽdum est nõ de lata, vt & omnes ferè iuris loci qui de culpa simpliciter loquũtur, Vt cõstat ex supradictis legib. & ex *l.contractus 23.de reg.iur.* quòd propiùs accedat lata culpa ad dolũ, quàm ad culpã leuẽ. Adeò vt in crimen quoq; incidere dicatur *l.1.§.is quoq; in fi.D.de obl. & act.* Crimẽ porrò à culpa separãdũ esse certũ est, tãquã mai' quiddã & graui', Cùm nõ quẽadmodũ crimẽ sine culpa nõ cõtrahitur, Ita & culpa omnis admixtã criminis causam habeat. Illud tamẽ interpretib. ferè omnib. durũ & difficile videtur, quòd scriptũ est *in d. l.2. C.de in lit.iur.* etiã cõtra heredẽ tutoris ex lata ipsius culpa in litẽ iurari posse. Quoniã ita posito iure vix dici possit in quo melior futura sit cõditio heredis quàm ipsius tutoris, contra quem nihil hac parte grauius cõstitui põt, quàm vt oblatã culpã perinde atq; ob dolũ eius in litẽ iurare liceat, Cùm tamẽ certi iuris sit alio & deteriore iure censeri tutorem ipsum quàm tutoris heredẽ, Vel ob id quod grauiùs peccauit tutor qui tutelã nõ administrauit ex bona fide, quàm tutoris heres qui nec vllã pupillo fidẽ dedisse videri potest *d.l.alio iure & l.vlt.eod.tit.* Nec desunt ex interpretib. quib. hæc obiectio tãti esse momenti videatur vt nõ dubitẽt adfirmare diuersam & deteriorẽ tutoris cõditionẽ in eo esse debere, vt cõtra eũ ex leui quoq; culpa ipsius in litẽ iuretur nõ etiã contra eius heredẽ. Quod certè falsum est; Etsi.n.non ambigitur quin tutor non tantùm de dolo & lata culpa, sed etiã de leui teneatur *d.l. contractus*, Heres verò tutoris nõ modò ex leui culpa defuncti nõ teneatur *l.1. C.de hered.tutor.d.l.4.D.eod.* Sed neq; ex propria *d.l.cum ostendimus 4. § 1.de fideiuss.tutor.* Illud tamẽ æquè cõstat, nõ idcirco aduersus tutorẽ ipsum iurari posse ex leui eius culpa, sed tantũ eo casu quo vel dolus vel lata culpa, vel saltẽ fraus ipsius interuenerit, Ne alioqui dicẽdũ sit tutorẽ qui de leui culpa sic tenetur, vt tamẽ nõ teneatur etiã de leuissima, deterioris tamẽ hac parte conditionis esse, quàm sint ij qui de leuissima quoq; culpa tenẽtur, cõtra quos ob culpã leuissimã iurari in litẽ nuspiã scriptũ legimus. Imò verò ex cõtrario generaliter ob culpã nunquã iurari, sed à iudice æstimari eã oportere. In quo igitur erit durior causa tutoris vel curatoris quod pertinet ad iusiurandum in lite? Nimirum in hoc vno, quod cùm aduersus tutorem ipsum ex proprio eius dolo iuretur aut ex propria eius lata culpa, Tamen contra ipsius heredem nunquam ex tutoris dolo vel lata ipsius culpa iuratur, sed eo demũ casu quo heres ipse vel dolum, vel latam culpam, vel fraudem admisisse conuincatur. Est enim peruidens ratio differentiæ inter tutorem qui in dolo vel lata culpa fuit, & tutoris heredem innoxium cui nihil aliud imputari potest, nisi quod mali & perfidi tutoris hereditatem adierit, Quæ tamen res non facit eum perfidiæ successorem. At cùm tutoris heres ex proprio dolo propriáve culpa lata conuenitur, nihil causæ est cur melioris conditionis esse debeat quàm tutor quominus contra eum quoq; perinde in litẽ iurari oporteat. Satisq; ei esse debet, quod ex propria leui culpa nõ teneatur, ex qua tutor ipse teneretur, Nẽpe quia licèt tutelæ actio & directa

& cõtrarria in eum deuoluatur, tutela tamẽ ipsa non transit *l.tutela 16.§.1. D. de tutel.* quæ sola illa est propter quam exigimur à tutore diligentiam eandem circa administrationem rerum pupillarium quam bonus & diligens paterfamilias rebus suis ex bona fide præstare debet *l.à tutoribus 33.in princip.D. de admin.tutor.* Et hoc nullam meo iudicio dubitationem habet nisi apud Iacobum Cuiacium qui primus defendere ausus est, heredem tutoris ex leui quoque tutoris culpa teneri contra quàm disertè scriptum sit *in libr.1.C. de hered.tutor.l.2. C.de magistr.conuen.* quas ideo putauit ille emendandas. Sed malè vt ostendimus *libr. 1.Conject. cap.12.ex dict.l.4. & 6. de magistr.conuen.* Abhorrétque sanè à sensu communi quod vult vir doctissimus, Ex dolo aut lata culpa defuncti tutoris heredem non teneri, Ex leui tamen ipsius culpa teneri cùm & facilius & æquius sit vt ex dolo & lata culpa defuncti, quàm vt ex leui, heres obligetur, *l.1.§.1. l.si hominẽ 7.§.1.l.de eo 18. D.deposit.* At difficilius apud me illud est, quod *in d.l.2.C.de in lit.iur.* Imp. Antoninus cùm ait etiam contra tutoris heredem posse iurari in litem, loquitur disertè de eo herede qui sit heres per longam successionem, id est vt Accursius cæteríq; omnes interpretãtur qui sit heres heredis. Quasi verò contra primũ & proximum tutoris heredem iurari minùs possit, quẽ tamen cõstat tanto magis ad tutoris personã causámq; accedere quãto propior ei & proximior heres sit, licèt dici soleat quod & verissimum est heredẽ heredis perinde heredẽ esse testatoris *l.vlt.C.de hered.inst.l.si quis filiumfamilias 7.§.vlt. D.de acquir.hered.* Auget verò dubitationem quod rescripti verba sunt præcisa, & vt loquuntur restrictiua: sic enim habent *sed volens ita demùm audiendus est si heres per longã successionem tutoris instrumẽta pupillaria dolo vel circũueniendi pupilli gratia exhibere nõ vult.* Quibus verbis apertissimè significatur, Nõ aliũ ergo tutoris heredẽ posse ex iureiurãdo in litẽ cõdẽnari quàm qui sit heres per lõgã successionẽ: Et tamẽ nemo est ex interpretibus qui nõ fateatur & agnoscat nõ meliorẽ primi quàm secundi aut tertij heredis cõditionẽ esse debere, Cùm rationem diuersitatis nullã videre possint. Ego verò cõtrà sic sentio, Aduersus primum & proximũ dũtaxat heredẽ tutoris in litẽ iurari nõ etiã aduersus secũdũ aut tertiũ, & ideo videtur mihi rescriptũ illud corruptũ esse additáq; negatione sic legẽdũ *si heres non per longã successionẽ tutoris*, vt sensus sit non aduersus quẽlibet tutoris heredẽ iurari, sed aduersus eũ totum qui sit heres nõ per lõgã successionẽ, id est inter quẽ & tutorẽ nõ plures nec longioris temporis heredes intercesserint. An quia remotioris heredis dolus sit fauorabilior, aut vt meliùs dicã, minùs odiosus? Minimè verò. Sed quia nec aliter nec priùs de dolo heredis quærẽdum est, quàm appareat reperta fuisse in hereditate tutoris instrumenta pupillaria quorũ exhibitio postulatur, vt cõstat *ex d.l.pen.eo.tit.* Atqui facilè fieri põt vt in tutoris hereditate reperta fuerint ea instrumẽta pupillaria, neq; tamẽ ad secũdum aut tertiũ heredem peruenerint, fortassis à primo herede dolo malo intercepta aut per incuriã & socordiã nimiã deperdita. Quidni enim præsũptio fortior vigeat cõtra primũ heredẽ qui & probatur reperisse instrumẽta illa in hereditate tutoris, & ex iis primus cõueniri potuisset, si in reddẽdis iis diligẽter fuisset? Neque verò negare primus heres probè potest, quin habuerit in sua potestate quicquid in tutoris hereditate repertũ esse cõstat, quod tamẽ nõ similiter secũdo vel tertio heredi obiici potest ad quem sanè minus peruenire potuit *l.videamus 17. D.quod met.caus.* Planè si poneres etiã in secũdi vel tertij aut etiã quarti heredis quod facilè cõtingat hereditate inuẽta fuisse instrumẽta eadẽ pupillaria, déq; eo cõstare liquidò, nõ dubitarẽ quin etiam in quinto & alio quolibet vlteriore he-

rede idē iuris quod in primo cōſtitui deberet. Nam & in extraneo quolibet qui pupillaria inſtrumēta penes ſe haberet, nec exhibere vellet, idē ſtatui oporteret. Eadē ſc. iuris & æquitatis ratione in omnibus locū habente. Sed extra hunc caſū nego poſſe ſecūdū vel tertiū heredē ſuſpectum fieri de dolo, Ex eo tātùm quòd nō exhibeat inſtrumēta quæ in defuncti tutoris hereditate reperta fuiſſe probātur: Ob idque nec quaſi ſit in dolo ſaltē præsūpto iurari in litē cōtra eum poſſe puto, Niſi probetur ea penes ſe habere, nec iuſtā vllā cauſā recuſādæ exhibitionis adferat. Quare nec diſtinguo, an ea heredū mutatio & ſucceſſio breui tēpore an lōgo facta ſit, Cùm nemo neſciat quàm facile ſit & quotidianum expilari hereditates, vt quod in patrimonio moriētis fuit, in eiuſdē hereditate poſteà nō reperiatur, nec ſuccedat heres in poſſeſſionem rerum omnium quæ in defuncti poteſtate fuerunt, licèt in omnia ipſius iura ſuccedat. Sanè quāto plures fuerint heredes per quorū perſonas ambulauerit hereditas, aut quāto lōgiore tempore durauerit primus heres, tāto maior erit præsūptio, Amiſſa fuiſſe, aut intercepta medio tēpore inſtrumēta pupillaria quæ reperta fuerāt in hereditate tutoris. Proindéq; tāto minor ratio erit ob quā cōtra heredē vlteriorē qui nūc eſt cuiuſcūq; gradus ille ſit, iurari in litē oporteat, ſi nō aliunde ipſius dolus probetur. Sed neq; rurſū illud probo quod interpretibus noſtris paſſim placere video poſt Bart. ad *d. l. 1. ſi is qui teſtam. li. eſſ. iuſ.* eſt in cauſis criminalibus ex quibus corporalis pœna infligitur latā culpā dolo nō cōparari ex *d. l. in hac lege De l. Cornel. de ſica.* Nā quod Iurec. ait, In hac lege Cornelia de ſicariis latā culpā nō accipi pro dolo, An nō oſtēdit apertiſſimè in aliis legib' etiā publicorū iudiciorum aliud eſſe tametſi & dolū exigāt, & ferè omnes capitalē irrogent cōdēnationē? Quidni verò cùm etiā in depoſito aliiſq; cauſis ciuilib' lata culpa in crimē cadere dicatur? *d. l. 1. §. is quoq; in ſi. de obl. & act.* Ergo & tāquā crimē puniri eā oportet, nec mitiùs quàm dolū, quia nec aliud crimē vnquā eſt quàm dolus, cùm inter dolū & latā culpā dolo proximā neq; crimē aliud, neq; mediū vllū ſit. Semper aūt obſeruādū eſt loqui me de culpa illa lata quæ ſit dolo proxima, id eſt quæ nō tā ex nimia ignorātia quā ex nimia negligētia proficiſcatur, Negligētia inquam illa quæ comitem neceſſariò habeat ſcientiā. Nam & cùm quis ignorat id quod omnes intelligūt, vix quidē eſt vt non ſit etiam negligens qui diligētior vtique eſſe debuit in addiſcēdis ſaltē iis quæ omnes ſciunt, (Vnde & hæc negligentia appellatur *in l. regula 9. § ſed factū de iur. & fact. ignor. & in d. l. cedere diē 213. §. vl. De verb. ſignific.*) Sed tamē nō accedit negligētia huiuſmodi ad dolū à quo certè diſtat tātò longius quāto craſſior eſt ignorātia dū ne affectata, vt ſuprà diximus.

ERROR QVARTVS.

De inſcitia Triboniani in §. aliquando. Inſt. de perpet. & temp. act. Et ad l. de eo 18. D. depoſit.

VIDERE nunquā potui, qua ratione aut quonam demum caſu verum ſit, quod Tribonianus ſcribit *in §. aliquādo Inſt. de perpet. & tempor. act.* Aliquando accidere vt etiam ex contractu actio in heredem non cōpetat. Veluti, inquit, cùm teſtator doloſè verſatus eſt & ad heredem eius nihil ex eo dolo peruenit. Repugnat enim certiſſima iuris regula quæ habet In cōtractibus ſucceſſores ex dolo eorum quibus ſucceſſerunt non tantùm in id quod peruenit verum etiam in ſolidum teneri, hoc eſt vnumquénque pro ea parte qua heres eſt, *l. ad ea 157. §. vlt. De regul. iur.* Cui non diſſimiliter Pomponius *in l. ex depoſiti. 12. De oblig. & action.* ait ex cauſa depoſiti & commodati

Digitized by Google

& mandati & tutelæ & negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heredem in solidum teneri, & Paulus generalius *in l. ex contract. lib.* 49. *eod. tit.* scribit ex contractibus venientes actiones in heredes dari, licet delictum quoque versetur: veluti cùm tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est. Quo casu, inquit, etiam cùm filiusfamilias aut seruus tale quid admisit, seruus scilicet in causa depositi, (nec enim potest ille tutor esse) aut filiusfamilias etiam in causa tutelæ, de peculio actio danda est tam contra patrem quàm contra dominum, non etiam noxalis scilicet contra dominum, quia contra patrem nunquam datur ex maleficio filij: quippe qui cùm sit liber pro noxa dedi non potest: & ita locus ille Pauli intelligendus est. Sed omnium apertissimus & accommodatissimus in hanc rem textus ille est qui ex Vlpiano proponitur *in l. si hominem* 7. §. 1. *deposit.* vbi postquam dixit dari actionem depositi in solidum aduersus heredem ex dolo defuncti, subiicit statim rationem dubitandi ob quam aliter dicendum videbatur, tùm rationem decidendi quæ hoc ius induxit. Ait verò *Quamquam enim aliàs ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte qua ad nos peruenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit. Ideóque in solidum vnus heres tenetur, plures verò pro ea quisque parte qua heres est.* Quæ sententia ipsis etiam verbis edicti expressa est relatis ab eodem Vlp. *in l.* 1. §. 1. *eod. tit.* Prætor ait *Quod neque tumultus neque incendij, neque ruinæ, neque naufragij causa depositum sit, in simplum, ex earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt in ipsum in duplum, In heredem eius quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit in simplum, quod ipsius in duplum, iudicium dabo.* Ex quibus verbis apparet actionem illam prætoriam licèt non merè sit rei persecutoria, sed mixta, quoniam ad simplum vsque rei persecutionem continet, supra simplum verò pœnalis est, Tamen ex dolo defuncti competere in solidum contra heredem vsque ad simplum, licèt nihil ex eo dolo ad ipsum heredem peruenerit, Nimirum quoniam nascitur ex contractu depositi, qui non minùs depositarij heredem quàm depositarium obligatum habet, Nisi quod hoc casu duriùs agitur cum depositario, qua parte actio pœnalis est quia ex proprio dolo conuenitur, quàm cum herede qui non nisi ex dolo defuncti. Et tamen sunt qui putent verius esse generaliter quod scriptum est *in dict. §. aliquando*, Non dari actionem in solidum contra heredem ex defuncti dolo, sed in id tantùm quod ad eum peruenit licet actio ex contractu descendat. Quam sententiam mordicus defendit vir doctissimus Iacobus Cuiacius *lib.* 11. *Obser. cap.* 39. Contendens ob hanc causam non teneri tutoris heredem ex dolo tutoris, nec proinde ex lata ipsius culpa, quamuis velit ex leui tutoris culpa eum teneri, Vtrumque contra quàm apertè scriptum sit *in l.* 1. *C. de hered. tutor. & l.* 2. *C. de magistr. conuen. l. non similiter* 4. *D. eod. tit.* & supradictis omnibus iuris locis ad quos nihil ille respondet nisi quod duas illas leges Codicis emendat, detrahens ex vtraque negationem quæ in vtraque reperitur, Peruersa planè iurisprudentia, quasi facilius aut æquius sit vt tutoris heres ex leui culpa defuncti quàm ex lata dolóque eiusdem teneatur. Quod quoniam satis superque refutauimus *lib.* 1. *Coniect. cap.* 12. hîc non repetemus, Sed addemus tantum quod nondum eo tẽpore benè percepisse nos nũc nobis videmur, quid respõdendum sit ad *d. §. aliquando.* qui virum doctissimum fefellit. Putabamus enim cũ recentioribus doctissimis plerisq; abundare in eo §. dictionem *veluti* quam & in multis exemplaribus deesse non pauci testãtur, ea verò sublata sensũ illius loci hũc ipsũ fore quẽ nos aliarũ legũ esse probauimus vt re-

Digitized by Google

vt regulariter actiones ex contractu etiam in quibus delictũ & dolus versetur cõpetant demùrve in solidũ contra heredem, aliquando tamen non competant nec detur, sed in id tantum quod ad heredem peruenit. Secundũ quam lectionẽ & emendationem tota vis & potestas obiectionis dissoluitur, sed difficultas illa nascitur, quisnã demũ ille casus sit quo possit ea exceptio locũ habere. Nos eum probabamus qui ab interpretibus adduci solet post Theophilum *ex d.l. de eo* 18. *Deposit.* scilicet de actione cõpetẽte ex deposito facto tumultus vel incẽdij, vel ruinę, vel naufragij causa, quòd ea actio detur quidẽ ex contractu & propter dolum depositarij, nec tamen detur contra depositarij heredẽ supra simplũ, quia quod simplũ excedit cùm mera pœna sit, ad heredẽ non peruenerit. At ne idem nunc sentire possimus re melius perspecta, illud facit quod in hoc ipso casu falsum est heredẽ non in solidũ teneri, sed in id tantùm quod ad eum peruenit, siquidem apertè scriptum est *in d.l. de eo*, teneri eum in solidũ ad simplũ vsque, quòd haud dubiè nõ aliter accipi potest quàm ita vt ad illud simplũ teneatur omnimodo licèt ex dolo defuncti nihil penitus ad eum peruenerit. Constituit enim ea lex antithesim in tribus, collato depositario cũ ipsius heredib. Aitque depositarij heredes teneri pro sua quemq; portione hereditaria, & ad simplũ, & intra annũ quoq;: Depositarium verò ipsum in solidũ & ad duplum, & in perpetuum. Dices iis verbis potiùs exprimi, aut saltem significari: Nõ ergo depositarij heredes in solidum teneri quomodo depositarius tenetur, Ne alioqui nulla supersit inter depositarium & eius heredes differentia, & hoc sanè videtur esse quod interpretes decepit, qui obseruare debuerunt; Non in eo antithesim esse vt depositarius in solidum quidem teneatur; Heres verò non in solidũ sed in id tantum quod ad ipsum peruenerit ex deposito & ex dolo defuncti. At in eo potius vt depositarius ipse in solidũ solus teneatur: Heredes verò ipsius cùm plures sunt, non singuli in solidũ teneãtur, quomodo defunctus tenebatur, sed pro sua quisq; portione hereditaria. Sed hoc ipsum tamen etiamsi nihil aut minus ad quemq; peruenerit, vt intelligamus nõ dubitare I.C. quin depositarij heredes ad simplũ vsque hac actione teneri omnimodo debeant, id est non adhibita illa distinctione, An ex dolo aliquid ad eos aut nihil aut minus peruenerit, Sed tamen nullo casu teneri singulos eos pro maiori parte quàm pro qua quisque heres sit, quamuis pro ea parte singuli teneantur etiamsi vel nihil ad eos peruenerit, vel minus. Nempe quia non tenentur nisi ad simplum vsque vt lex subiicit, intra simplum verò nõ pœnalis sed merè rei persecutoria actio est. Ergo si vnus tantùm heres esset, solus ille haud dubiè non secus ac depositarius ipse in solidum teneretur, etiamsi nihil ad eum peruenisset, quia non posset in eum cadere distinctio pro qua parte heres esset, qui in solidum esse probaretur. Quomodo & de conditione ex causa furtiua scriptum est *in l. in condictione 9. de condict. furt.* In condictione ex causa furtiua in solidum teneri eum qui solus heres est, Pro parte verò heredem pro ea tantùm parte qua heres est, conueniri. Propter quam causam nec dubitandum est quin ad simplum vsque detur in heredẽ etiam post annum in specie *d. l. de eo*, vbi quod dicitur *intra annum quoque* hunc sensum habet vt contra heredes depositarij non detur ea actio in duplum, ne quidem intra annum, Quod monere fuisset ineptum si nec in simplum daretur post annum. Iuris quippe prætorij regula est honorarias actiones, quæ sunt rei persecutoriæ, sicuti ob eam causam dantur etiam in heredem ita & post annum dari *leg. in honorariis* 35. *De obligat. & action.* Etsi autem verum est actionem hãc si per se sumpta & absolutè denominetur pœnalem dicendam esse

Digitized by Google

potiùs quàm rei persecutoriam, cùm ad simplum detur sed ad duplum, Adeóque nec tam ex contractu competere quàm ex dolo depositarij, quandoquidem depositum quod re contrahitur non ad plus obligare depositarium potest quàm reuera depositum sit *l. cùm vltrà 9. C. de non numer. pecun. l. 1. §. is quoque D. de oblig. & act.* Inde tamen nihil fit, nisi vt supra simplum non possit dari in heredem ne quidem intra annum, Sed non vt vsque ad simplum danda non sit etiam contra heredem & in solidum itémque post annum, quia vsque ad eam quo tam rei persecutoria est *ex reg. d. l. in honorariis.* Quanquã non sufficeret esse rei persecutoriã & mistam ex pœnali, vt daretur contra heredẽ in solidũ & post annum ad simplũ vsq; vt cõstat ex legis Aquiliæ actione *§. his autem verbis Inst. de leg. Aquil.* si non etiã illud concurreret quod competit ex contractu *d. l. si hominem 7. §. 1. D. deposit.* Nã quæ cõpetunt ex delicto siue merè pœnales sint, siue mistæ, quod etiã rei persecutionẽ contineant, nunquã dantur in heredẽ nisi de eo quod peruenit *l. 2. §. vlt. D. cui bonor. rapt.* vbi tamen addit Vlpianus ab huiusmodi exceptione excipiẽdam actionẽ illam Vi bonorũ raptorũ, quã prætor ne in id quidẽ quo locupletiores heredes facti sint polliceri in eos voluit, Ratione illa prorsus singulari, quia putauit sufficere cõdictionem furtiuam quæ non minùs cõtra raptorem competit qui fur improbior est quàm contra furem. Non est igitur exẽplum quod affertur *ex d. l. de eo*, accommodatum ad id quod scriptum est *in d. §. aliquando.* Aliquando etiã ex cõtractu actionem non competere contra heredẽ, cùm testator dolosè versatus est & nihil ad heredem ex eo dolo peruenit. Nam quemadmodum neq; ex cõtractu depositi, siue necessariam, siue voluntariã causam habentis, neque ex dolo depositarij, quicquam ad heredẽ peruenire vnquã potest supra id quod depositum probatur, quia crescente licèt perfidia depositũ tamen ipsum nõ crescit. Ita nec fieri vllo casu potest vt non ad eũ vsq; modum teneatur heres depositarij, licèt nihil penitus ex re deposita ad eũ peruenerit, Illúdque duntaxat verum est quod nemo negat & à proposita quæstione prorsus alienum est hanc actionem licèt ex contractu sit, non tamen dari contra heredem depositarij eo modo quo contra depositarium, scilicet supra simplũ, quia nimirum quod excedit, pœna non rei persecutio est. Quamuis totum depositum ad heredem per causam hereditariam peruenerit. Ex quo intelligimus non magis quicquam eos proficere, qui eodem allato exemplo putant locum illum Triboniani accipiendum esse de actionibus ex contractu pœnalibus, Quasi regula quæ habet Actiones ex contractu descendentes dari in solidum contra heredem tametsi dolus in iis versetur, accipienda sit de actionibus nõ pœnalibus. Exceptio verò quæ ad regulã illam subintellectam expressim ponitur *in d. §. aliquando*, de actionibus ex contractu pœnalibus. Nam præter id quod regula quæ præcedit disertè cõcepta est de actionibus pœnalibus quæ ex maleficio nascuntur, Ad differentiam actionum quæ ex contractu descendunt, quæ vix est vt pœnales sint, vt & *in l. pupillum 111. §. de regul. iur.* & consequẽter antithesis quæ sequitur *in d. §. aliquando* de iis potiùs actionibus intelligi debet, quæ neque ex maleficio nascuntur sed ex contractu, neque pœnales sunt sed rei persecutoriæ. Illud etiam fatendum est Triboniani verba esse generalia de actionibus ex cõtractu descendentibus. De quibus similiter necessariò intelligenda est tacita illa regula ad quam volunt isti additã exceptionẽ, nõ de solis pœnalibus, Ac proinde prorsus improbabilem & commentitiam esse illam interpretationem aut veriùs supplicationem, quæ ad solas pœnales generalitatem & tacitæ propositionis, & expressæ exceptionis restringit. Deinde cùm isti retineant dictio-

dictionem *veluti* quam alij tollunt, negare certè non possint quin illud ipsum quod sequitur exemplum sit imò tota substantia exceptionis, quam Tribonianus subnectere voluit ad regulam illam tacitam & subintellectã de actionibus ex contractu descendentibus,& vt isti addunt pœnalibus quæ regulariter cõpetunt in heredẽ. Parum ergo prodesset dare casum si quis reperiri posset in quo pœnalis actio descendens ex contractu non daretur contra heredem, si non probaretur generaliter veram esse exceptionem quæ hoc vnum disertè habet retenta dictione *veluti*, Nunquam dari actionem ex contractu pœnalem contra heredem quoties testator dolosè versatus est & nihil ad heredẽ ex eo dolo peruenit. Atqui tantùm abest vt ea exceptio generaliter vera sit,vt nec defendi possit in illo vnico casu quem isti adferunt de actione depositi ex causa tumultus, vel incendij,vel ruinæ, vel naufragij, Quia licèt ea actio non minus sit pœnalis quàm ex contractu, datur tamen contra heredem depositarij etiam in solidũ vsque ad simplum, vt probauimus, licèt nihil prorsus ex dolo depositarij ad heredem peruenerit totúmque depositum viuo adhuc depositario perierit. Ergo aliud exemplum quærendum est,in quo pœnalis actio descendens ex cõtractu non detur in heredem in solidum,sed de eo tãtum quod peruenit. Et quamuis alia & mille si voles exempla suppeterẽt tam falsæ propositionis, Nunquam tamen assequerẽtur isti vt vera esset generalis illa exceptio quam Tribonianus posuit pro vera;quippe quæ saltem in hoc ipso casu de quo nunc tractamus falsa inueniretur. Nam quod ea pœnalis actio depositi non datur in duplum solidum aduersus heredem, quomodo daretur aduersus depositarium, ad rem nullomodo pertinet,quia ratione eius quod excedit simplum,neque de solido,neque de eo quod peruenit tractari potest,cùm totum illud pœna sit,vt diximus, nec tam ex contractu, quàm ex maleficio & ex edicto prætoris proficiscatur. Actio siquidem ex contractu depositi quæ ciuilis est non vltra porrigi vnquàm potest quàm reuera depositum sit, siue voluntariam siue necessariam causam depositi contractus habuisse probetur. *arg. d.l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun. l. rogasti 11 §. si tibi De pact.*

ERROR V.

De actione ex testamento quæ datur ad duplum pro relictis piis.

ADFERVNT etiam, vt audio, iidem isti contra quos nunc disputamus aliud exẽplũ de legato relicto ad pias causas, De quo *in §. item mista est actio & §. in duplum agitur in fin. Inst. de action.* vbi dicitur, In eum qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerit vsque adeò vt ex ea causa se in ius vocari passus sit, Actionem competere per quam non solum ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est, sed etiam aliud tantum pro pœna dare cogatur, Ita vt in duplum relicti fiat condemnatio. Sed præter id quod hæc actio non est ex earum numero quæ descendunt ex contractibus, de quibus solis nunc disputamus, cùm ex testamento vel alia qualibet vltimæ voluntatis specie inducatur, Non video cur ex ea exemplum sumere isti debuerint potiùs quàm

Digitized by Google

ex cæteris actionibus quæ in duplum dãtur aut quæ per inficiationem crescunt quæ tamen ferè omnes ex maleficio nascuntur, vix vlla ex contractu præter illã depositi de qua iam diximus. Deinde non negat Iustinianus supradictis locis quin actio illa quæ in duplum datur contra eum qui relicta ecclesiis dare distulit ad litem vsque, dari etiam debeat contra eius heredẽ saltem ad simplum, etiamsi res fortè quæ dari debuit, viuo primo herede perierit, vt proinde nihil ex ea neque ex dolo heredis primi ad secundum heredem peruenerit, Quemadmodum & in specie *d.l.de eo* 18. *D.deposit.* Nã sicuti heredem secundum ex primi dolo in duplum teneri & pœnam præstare iniquum esset, Ita nec æquũ est, ob id solùm quod actio illa pœnalis est adeò illum liberari, vt nec simplum quidem præstare teneatur: Ita enim fieret vt voluntas testatoris intercideret morte dolóque primi heredis, quod esset absurdissimum. At neque tractari potest hoc casu de eo quod ad heredis heredem peruenerit, quomodo tractãdum necessariò est quoties quærimus, An heres dolosi teneatur in solidum actione pœnali ex contractu descendente an de eo tantùm quod peruenit, vt in *d.§. aliquando.* Cur enim tenetur primus heres ad præstationem legati vel fideicommissi à se relicti? An fortè quod ex re legatarij vel fideicommissarij aut etiam ex dolo suo aliquid ad eum peruenerit? vt contingit in actione depositi & aliis quæ ex contractu ratione doli dãtur? Minimè. Sed quia hereditas ad eum peruenit. Hereditas enim illa est quæ ipsum obligat *l.siue à certis* 17. *D.de duob.reis. Nou.*1.*de hered. & falcid. Auth hoc amplius C.de fideic.* Etsi enim heres qui legata vel fideicommissa retinet quæ præstare debuit agit quantum potest vt ex dãno legatarij vel fideicommissarij locupletior fiat, Tamen non tam ab ipso aliquid habere quàm hereditatem tanto locupletiorem consecutus esse videtur, quippe qui hereditatem illibatam retineat, ex qua delibari legatum vel fideicommissum debuisset *l.legatum est delibatio* 116.*de leg.*1. Ergo nec ad secundum heredem quicquam ex dolo defuncti hoc casu peruenisse dici potest, sed tantum eadem illa hereditas tanto locupletior, Quæ sicut primum heredem obligabat præstationi legatorum & fideicommissorum omnium, etiam quæ non in piam causam relicta essent, Ita & secundum & deinceps alios omnes sequentes obligat vt eadem legata & fideicommissa præstent, & consequenter sub eadem pœna sub qua defunctus tenebatur, præstandi scilicet dupli si moram quoque ipse contrahat litémque secum eo nomine contestari patiatur. Sic fit vt eadem in omnibus ratio esse debeat secundi, quæ primi heredis, Hac sola differentia quod ex mora & dolo primi heredis non potest secundus conueniri ad duplum sed ad simplum duntaxat, ne alioqui sit successor pœnæ. Cæterum si ad simplum ex propria etiam persona conuentus, tanquam qui per mediam primi heredis personã factus sit heres testatoris, propriam quoque moram ipse contrahat, ratio nulla est cur non & ad duplum ipse quoque teneri debeat, quia eandem culpam admittit quam primus heres admisit, & quã ipse admitteret si primus heres esset. Nam & idem euenit in herede depositarij vt ex proprio suo dolo etiam in duplum teneatur *d.§.rei persequendæ vers.planè in fin.* Quanquam in depositarij herede diuersum illud est, quod non perinde is depositarius dici potest cum ipsius fides electa non fuerit. At heres heredis heres est primi testatoris, vt iam diximus *l.vlt. C. de hered. inst. l. qui liberis* 8. *§. vlt. de vulg. & pup. subst. l.si quis* 7. *§. vlt. De acquir. hered.* Ideoque cùm ad legata vel fideicommissa præstanda conuenitur quæ primus heres ex sui testatoris voluntate præstare debuerat, non tam cõueniri videtur ex persona primi heredis quàm ex propria

id est

id est tanquam heres & successor primi testatoris, Vt proinde eadem ratio & constitutio iuris locum habere debeat in secundo herede quæ in primo, Vnde fortassis factum est vt de secundo herede nihil dixerit Iustinianus *in dict. §. item mista*, quomodo locutus est de herede depositarij *in dict. vers. planè in fin.* Sed & alia ratio est propter quam non potest videri exemplum hoc accommodatum esse ad id de quo quærimus. Nam nec primus heres aliter tenetur ad duplum ob non præstita legata vel fideicommissa, quàm si non solum in ius sed etiam in iudicium ex ea causa vocari se passus sit, quomodo loquitur Iustin. supradicto loco, Id est quàm lis fuerit cum eo contestata. Neque enim aliud est in libris nostris iudicij accipiendi vel accepti tempus quàm litis contestatæ *leg. 2. §. quæsitum. vers. condictio autem D. de priuat. delict. & alibi pass.* Atqui lite cum defuncto contestata etiam pœnales actiones transeunt in solidum contra heredem *dict. §. aliquando vers. pœnales, leg. vnic. Cod. ex delict. defunct. leg. constitutionibus 33. D. de obligat. & action.* Quanto magis igitur in proposito dicendum est. Etiamsi actio ex testamento talis esset quæ propter dolum heredis primi non deberet transire in secundum, eam tamen de qua agimus transituram, si non pro pœna, saltem ad legatum ipsum vel fideicommissum quod relictum fuit, consequendum: Nam si quis replicet quod verum est Iustinianum supradicto loco non de ea contestatione sentire quæ facta sit super actione pœnali, sed de ea tantùm quæ super actione ex testamento, Nihil tamen aliud inde possit inferre nisi quod nos libenter admittimus, Non ideo tamen futurum vt actio illa pœnalis ad duplum transmittatur contra heredem. At nos non de duplo nunc agimus, sed de simplo de quo ponimus litem ex testamento motam fuisse & contestatam. Quis ergo dubitare possit, quin hoc casu saltem ad simplum vsque teneri debeat heredis heres, tametsi casus dari posset in quo nihil ad eum ex primi heredis mora dolóq; peruenisset? Quid ergo superest quod melius dici possit? Hoc vnum quod nos cùm priores illas nostras Coniecturas in scholis scriberemus, iam quidem subodorati sumus, sed nondum tamen liberè pronunciare nondum audebamus, Miram hac parte, vt & in aliis plerisque Triboniani nostri, inscitiam & iuris imperitiam deprehendi, qui cùm semi Iureconsultus tantùm esset, Id quidem sciebat quod nemo ignorat, Actionem quæ ex dolo defuncti veniat non dari aduersus heredem in solidum sed de eo tantùm quod peruenit, Ignorabat verò quod prudentes omnes pro certissimo & compertissimo iure semper habuerunt, Falsam esse indistinctè ac sine exceptione vlla eam propositionem, quoties actio ex contractu venit licèt in ea delictum & dolus versetur. *d. l. si hominem 7. §. datur D. deposit.* vbi obseruandum est quod Vlpianus sic loquitur vt ista coniungat *ex contractu reique persecutione*, Ita significans transmissibilem fieri actionem non ob id tãtum quod ex contractu descendat, sed ob id etiam quòd ex rei persecutione, Vt intelligamus si quando talis actio sit quæ ex contractu quidem descendat, sed tamen admixtam pœnam habeat qualis illa est de qua in *dict. l. de eo 18. Depos.* [nam vt aliqua actio & ex contractu descendat & merè pœnalis sit, fieri certè nullomodo nullóque casu potest] Non ideo transmitti eam debere in solidum contra heredem, qualis contra defunctum ipsum competebat, id est etiam pœnæ nomine, sed eatenus tantùm quatenus rei persecutionem continet, id est vsque ad simplum, Porrò ad simplum vtique competet, licèt defuncti dolus in ea versetur, tametsi nihil prorsus ex eo dolo ad heredem peruenerit, Nec casus vllus excogitari potest in quo aliud iuris obtineat.

Digitized by Google

ERROR SEPTIMVS.

De actionibus ex maleficio quæ habent rei persecutionem.

PERPLEXVM & difficilem quæstionis huius exitum fecerunt apud nostros varij iuris loci, qui in speciem pugnare inuicem videantur. Aliquando enim sic locutos prudentes videas, vt dixerint Actionem nunc hanc, nunc illam dari contra heredem in solidum, quia licet sit ex delicto, tamen rei persecutionem cõtinet, Vt cùm tractant de condictione furtiua *in leg. si pro fure 7.§.1. & 2. cum duabus legib. seqq. D. de condict. furt.* iunct. *leg. si ambo 10. §. quoties. D. de compensatio.* Et generaliùs *in leg. in honorariis 35. De obligat. & action.* Omnes actiones etiam honorarias quæ rei persecutionem habent, & post annum & in heredem dari in solidum, Alias verò hactenus tantùm vt lucrum heredi extorqueatur. Quò etiam pertinet quod Iustinianus scribit *in §. non autem omnes Instit. de perpet. & temp. action.* Certissimam esse iuris regulam, Ex maleficiis pœnales actiones in heredem non dari, scilicet in solidum, Nam quin dari debeant de eo quod peruenit ad heredem nemo dubitat, vt turpe lucrum ei extorqueatur *dict. leg. in honorariis l. in heredem 5. De calumn. leg. 1. §. vltim. & l. 2. D. vnde vi. & alibi pass.* Excepta sola actione Vi bonorum raptorum, cuius singulare ius est vt contra heredem nullomodo detur, ne quidem in id quo locupletior factus est, quia putauit Prætor sufficere condictionẽ, vt superiore capite dicebamus ex *leg. 2. §. vltim. Vi bonor. rapt.* Quorsum verò loqueretur Iustinianus de actionibus ex maleficio pœnalibus si non aliud iuris esset in actionibus quæ ex maleficio quidem perinde nascuntur, sed tamen rei persecutionem continent? In quo autem potest constitui differentia, nisi in eo, vt illæ quæ pœnales sunt, non dentur nisi in id quod ad heredem peruenit, hæ verò dentur in solidum? Nec dissimile est quod idem Iustinianus scribit *in §. his autem verbis Instit. de leg. Aquil.* actionem legis Aquiliæ non transire in heredem, ideo quòd pœnalis sit, cùm non solùm tanti quisque obligetur quanti damnum dederit, sed aliquando longè pluris, *quæ transitura fuisset*, inquit, *si nunquam vltra damnum lis æstimaretur*, Transitura, inquam in solidum. Nam de eo quod peruenit transire nullomodo posset, cùm ex facto eius qui dolo malo seruum alienum occidit nihil aut ad occisorem, aut ad eius heredem peruenire possit. Siquidem ex damno quod infert occisor nullum ille aut sibi aut futuro heredi suo lucrum acquirit, Atqui etiamsi poneres ita comparatam esse actionem legis Aquiliæ vt ex ea nunquam lis vltra damnum æstimaretur, non eo minùs tamen verum esset actionem legis Aquiliæ nasci ex maleficio. Ex eo igitur apparet, quoties quærimus, An actio quæ ex maleficio nascitur transeat in solidum aduersus heredem, illud vnum inspici debere an sit pœnalis, an rei persecutoria, vt hoc posteriore casu non minùs transeat licèt ex maleficio nascatur, quàm si ex contractu nasceretur, dummodò non sit pœnalis mera, neque mixta ex pœnali. Videas tamen aliquando etiam prudentes in hac quæstione ita loqui vt negent actionem transire contra heredem, Ratione illa reddita quod quamuis actio rei persecutionem contineat, tamen ex maleficio nascatur, vt *in leg. 4. § vltim. cum tribus sequent. De alienat. iudic. mut. caus. fact. dict. leg. in heredem 5. De calumniat. leg. quod diximus 16. §. vltim. D. quod met. caus. leg. si plures 16. §. vltim.*

Digitized by Google

vltim. & leg. seq. leg. in heredem 26. & seq. D. de dolo. leg. 1. §. vltim. De eo per quem fact. erit. leg. 1. §. vltim. D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est. Iunct. *§. hac verba eiusd. leg. leg. 1. §. vltim. & leg. 2. D. de vi & vi armat.* iunct. *l. si plures 9. eod. leg. 3. §. penultim. D. si mens. fals. mod. dixer. leg. illud quoque 7. §. vltim. cum leg. sequen. D. de tribut. act. leg. quaesitum 8. §. vltim. D. de precar. l. vltim. in fin. C. ex delict. defunct. leg. fin. C. rer. amot.* quibus in locis omnibus negari non potest quin tractetur de iis actionibus quæ rei persecutionem contineant, & per quas actor persequatur id quod sibi abest, & tamen negant prudentes, negant Imperatores dari eas actiones contra heredem in solidum, & suprà quàm ad eum ex defuncti dolo peruenerit, Quamuis fateantur ex iis quasdam dari in perpetuum, id est etiam post annum contra eum, qui ipse dolum admisit. Quod vt magis mirum videri debeat, facit ea iuris prætorij regula quæ ex Paulo proponitur *in leg. in honorariis 35. De regul. iur.* Actiones honorarias quæ rei persecutionem habent etiam post annum & in heredem dari, Cæteras nec post annum, nec in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, sed intra annum duntaxat in eum ipsum contra quem directò propositæ sunt & comparatæ. Quid ergo ad tot leges respondebimus quibus nos obrui posse crediderunt ij qui sententiam illam nostram impugnarunt, qua nos contra Iacobum Cuiacium iampridem defendimus, Condictionem furtiuam licèt ex delicto detur, quia tamen rei persecutionem continet, competere in solidum aduersus furis heredem, licèt nihil ex furto per viam hereditatis ad eum peruenerit. Sic enim disputauimus *lib. 4. Coniect. cap. 1.* Verùm iam tum respondimus quod ipsum nunc, sed paullo fusiùs & apertiùs respondendum arbitramur, Actiones rei persecutorias non omnes eodem modo appellari, nec proinde eodem in omnibus iure censeri posse. Quædam enim sunt ita rei persecutoriæ, vt non ad aliud comparatæ dici possint quàm ad indemnitatem actori præstandam persequenti ex iis id tantùm quod sibi abest sine vlla pœnæ commissione, & vt dicam breuiùs, quibus actoris fauor solus causam dedit, non necessitas aut æquitas vindicandi doli quem reus admiserit. Aliæ sunt rei quidem persecutoriæ, sed non tam ex natura sua quàm arbitrio iudicis non condemnantis reum ad rem quæ petitur restituendam, sed arbitrantis primùm debere rem restitui, mox si arbitrio non pareatur, neque res restituatur, condemnantis reum ex bono & æquo, Quæ actionum omnium arbitrariarum natura & condicio est *§. præterea Inst. de actionib.* Aliæ denique sunt eiusmodi, quibus actor rem suam quidem persequatur, id est id omne quod sibi abest, sed quæ tamen siue à iure ciuili siue à prætore non tam actoris fauore comparatæ sint, quàm in odium & pœnam rei, ac vt factum quod malo more admisit, dolúsque ipsius puniatur. Quæ sunt prioris generis verè ac merè sunt rei persecutoriæ, dantúrque semper non modò aduersus reum in perpetuum, id est etiam post annum, sed etiam contra heredem in solidum, Nec exemplum adferri potest actionis vllius, quæ sit huius generis, & quæ vel non post annum competat, vel non nisi de eo quod peruenerit ad heredem. Secundi verò generis actiones, licèt nulla ex parte sint pœnales, quia non nisi actoris fauorem respiciunt, non tamen sunt adeò simpliciter & absolutè rei persecutoriæ, quia non tam per se & sui natura persecutionem rei continent, quàm arbitrio iudicis inter litigatores cognoscentis, & has certum est si prætoriæ sint, neque dari post annum [ciuiles enim semper & sui natura perpetuæ sunt] neque in heredem nisi

Digitized by Google

de eo quod ad ipsum peruenit, Non post annum, quia cùm non nisi arbitrio iudicis persecutionem rei contineant, Arbitrium autem iudicis nullum esse possit antequàm datus sit, Consequens est vt si ante annum neque petitus neque datus sit, actio moueri postea non possit, tanquam quæ nunquam talis fuerit vt rei persecutoria dici potuerit: Non in heredem in solidum, sed de eo tantùm quod peruenit, Quia nunquam arbitrium iudicis tale esse potest aùt debet vt is qui conuenitur iubeatur restituere id quod neque ipse habeat, neque dolo desierit habere, nisi cùm apparet id aliquando eum habuisse. *argum. l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebell.* Sufficeret enim vel vno primóque momẽto peruenisse ad heredẽ vt in perpetuũ teneretur, licèt nullo suo dolo postmodum habere desiisset *l. videamus* 17. *D. quod met. caus. leg. cùm prætor* 127. *De reg. iur.* Et verò cùm in actionibus arbitrariis perpetuum illud sit vt nulla ex iis possit ex bono & æquo sequi condemnatio, nisi tum demum cùm arbitrio parêre reus noluit, hoc est eam rem restituere quam restitui debere iudex arbitratus est *dict. § præterea.* Quis æquum putet condemnari heredem huiusmodi actione ob id solum quòd non reddat eam rem quam non possit reddere, ideo quia nunquam eam habuerit? Prius enim est, vt restituendi facultatem reus habeat, quàm vt restituere iubeatur *leg. officium* 9. *D. de rei vindic.* Tantum abest vt contra eum iurari possit, aut debeat in litem quasi in pœnam contumaciæ ob id quod non restituerit eam rem quam restituere nunquam potuerit. Qua tamen pœna solet puniri contumacia illius qui rem petitam restituere iussus noluit parere arbitrio iudicis *leg. 1. & pass. D. de in lit. iur.* Scilicet cùm actor se dicit probátque dominum rei petitæ: Ne alioqui iusto pretio rem suam cogatur vendere quod iniquissimum esset *leg. non enim* 9. *D. si rer. amot. l. si filiofamilias* 25. *§. 1. D. solut. matr. l. nec quasi* 70. *D. de rei vind.* Proinde mirum nõ est huiusmodi actiones arbitrarias licet fauorẽ actoris primùm & per se respiciant: & cõtra eũ dẽtur, qui nullo dignus odio esse incipiat, nisi ex quo tẽpore arbitrio iudicis parêre & rẽ restituere, recusauit, non tamẽ dari contra heredẽ nisi de eo quod ad illũ peruenit, licèt cõtra defunctũ cõpetierint in solidũ, quippe qui rei in solidũ restituendæ facultatem habuerat saltẽ aliquando, licèt postea fortassis habere desiisset etiã sine dolo, Cùm possit ei in perpetuũ imputari cur id fecerit propter quod ęquũ fuerit cõtra eũ dari huiusmodi actionẽ. Differẽtia. n. semper illa est inter defunctum & heredẽ quod ille per istas actiones cõuenitur ad reddendũ id quod ipse aliquãdo habuit, adeóq; ex suo facto, Heres verò plerũq; de eo quod neq; habet nunc, neque vnquam habuit, & semper ex alieno facto. Quidni ergo melior cõditio esse debeat heredis quàm defuncti? Aut cur bonus iudex arbitretur debere heredẽ restituere id quod nec habeat nec dolo habere vnquã desierit, tametsi defunctus ipse habuerit aliquãdo? Nã si respõdeas, Etiam ex defuncti facto perinde teneri heredẽ atq; ex suo proprio, Replicabo id non habere locũ in actionib. arbitrariis, ex quib. neq; alius conueniri potest quàm qui ex arbitrio iudicis restituendæ rei habeat ipse facultatem, neque alius condẽnari ex bono & ęquo, quàm cuius propria fuerit cõtumacia in nõ parẽdo arbitrio iudicis, Vnde est quod ex dolo defuncti nũquã aduersus heredẽ iuratur in litẽ ne quidem aduersus heredem tutoris *l. 2. l. pen. & vlt. C. de in lit. iur.* quia nec doli alieni successor quisquam est, aut esse potest. Quæ verò sunt tertij generis actiones, tametsi ex parte actoris habeant rei persecutionem non pœnæ, ob idq; semper & indistinctè etiam heredi dentur [quod in iis actionibus quæ ex actoris quoq; parte pœnales sunt diuersum est] verè tamẽ & inspecta ipsarũ

origine

origine & causa sunt pœnales, Quoniam in eum præcipuè finem comparatę sũt vt factum puniant eius qui conuenitur, & in dolum ipsius concipiantur, Quomodo eleganter loquitur Iureconsultus *in l. huius* 8. *§.* 1. *D. quod fals. tutor. author.* qui locus omnium aptissimus & accommodatissimus est ad hoc ipsum quod volumus exprimendum. Sunt igitur hæ actiones mistæ, Partim rei persecutoriæ ex parte nimirum actoris, & partim pœnales, scilicet ex parte rei, Magis tamen pœnales dici & censeri debent, quàm rei persecutoriæ non solùm ex natura mistarum omnium actionum, quæ pœnalium iure potiùs censentur ita vt in heredem non transeant, ne quidem quatenus rei & simpli persecutionem continent, vt constat ex actionibus legis Aquiliæ & vi bonorum raptorum *§. his autem verbis Inst. ad leg. Aquil. & §. vi bonorum raptorum Inst. de action.* Si eas excipias quæ ex contractu vel ex testamento proficiscuntur, de quibus suprà diximus, Sed etiam quia non tam ad id quod comparatæ sunt vt actori prospiceretur, quàm vt factum & dolus rei puniretur: quæ res facit earum causam & originem prorsus pœnalem *l. 1. §. hac verba & §. vl. D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Proinde mirum non est huiusmodi actiones tanquam pœnales nec post annum dari nec in heredem nisi de eo quod ad illum peruenerit. Ad primi generis actiones pertinet exemplum condictionis furtiuæ, de qua separatim dicemus in sequentibus. Ad secundi verò generis actiones pertinent omnes supradicti iuris loci qui loquuntur de actionibus arbitrariis, puta *De actione quod metus causa, De dolo malo, De actione in factum ex edicto, De alienat. iudic. mut. caus. fact. Rerum amotarum,* & si quæ aliæ similes sunt. Omnes enim istæ sunt arbitrariæ cùm iis omnibus conueniat definitio arbitrariarum posita *in d. §. præterea.* Ideóque fieri non potest vt contra heredem competant vel dentur nisi in id quod peruenit, quia nec aliud reddere iuberi heres potest, nisi quod ad eum peruenerit, vt supra diximus. Deniq; ad tertij generis actiones pertinent cæteri omnes loci qui neque sunt de merè persecutoriis neque de arbitrariis: Si modò excipias actionem in factum quam dat Prætor ex edicto De calumniatoribus, quæ non tantùm ex parte rei pœnalis est sed etiam ex parte actoris, nec vllo modo rei persecutionem continet, ideóque nec heredi datur, quomodo dantur eæ quæ sunt persecutoriæ ex parte actoris *l. 4. §. vlt. de calumniat.*

ERROR SEPTIMVS.

De actione quæ contra falsum mensorem datur, & De tributoria. Ad l. 7. §. si cuius & l. 8. De tribut. act. Et ad l. 1. §. hac verba. D. ne vis fiat ei. Et de actione in factum ex causa interdicti Vnde vi, & de emendatione l. 3. §. 1. ill. tit. vnd. vi.

ACTIO quæ contra falsum mensorem datur licèt ad id quod interest actoris, pœnalis tamen est, quia concipitur in dolum mensoris eúmque punit *d. l. 1. §. hac actio si mens. fals. mod. dixer.* Similiter actio tributoria quæ datur contra dominum qui dolo malo versatus est in distribuendo peculio serui *d. l. illud quoque 7. §. si cuius D. de tribut. act.* vbi dicitur actione ista coerceri dolum domini, ob idque nec ea teneri dominum etiam qui vel ni-

Digitized by Google

hil vel minus quàm oporteret distribuit, si non fecerit dolo malo. Nec est contrarium quod ex Iuliano subiicitur *in l. seq.* non de dolo esse hanc actionem, sed rei persecutionem continere. Sensus enim non ille est vt hæc actio nō detur ob dolum nec ad dolum puniendum, quod vtrumque falsum esset, sed vt non ideo sit actio De dolo, quia si esset actio de dolo non esset perpetua, sed annalis inspecto iure Pandectarum, aut saltem biennalis ex iure nouo post *l. vlt. C. de dolo.* Nam cùm *in §. vlt. leg. praced.* scriptum esset actionem tributoriam & perpetuam esse, & in heredem dari de eo quod peruenit, subiicere Tribonianus rationem ex Iuliano voluit non vtriusque partis *dict. §. vltim.* quod diligenter obseruandum est, sed prioris tantùm, Eius scilicet quod Vlpianus dixerat tributoriam esse perpetuam, quia si rei persecutoria non esset nec perpetua esse posset, ne quidem contra dominum dolosum. Cæterum hæc ipsa ratio quòd ea actio persecutionem rei contineat, si accommodaretur ad alteram sententiæ Vlpiani partem quæ habet non dari actionem istam in heredem nisi de eo duntaxat quod ad ipsum peruenit, contrarium potiùs suaderet, *Ex reg. dict. l. in honorariis*, Nisi quod responderi posset, vt modò diximus esse quidem illam rei persecutoriam ex parte actoris, sed esse tamen pœnalem non tantùm ex parte rei, sed etiam inspecta ipsius origine & causa quia datur potissimum in eum finem vt domini dolus coerceatur. Propter quam causam nec ab actione ipsa, De dolo quæ nunquam perpetua est, valde distare videbatur, Idque apparet manifestiùs ex eo quod sequitur in eadem lege, Etiam mortuo seruo dominum heredémque eius perpetuo teneri debere propter factum defuncti, quamuis, inquit, non aliter quàm interueniente dolo competat. Quibus verbis ostendit Iulianus non id se agere, vt probet cur actio tributoria non detur in solidum contra heredem domini, sed cur perpetuò detur. Nam vt probaret dari eam contra heredem in solidum non debere, ratio illa erat afferenda, quòd licèt rei persecutionem contineat ex parte actoris, pœnalis tamen sit, supradicta verò iuris prætorij regula quæ extat *in dict. l. in honorariis.* de iis solis actionibus intelligi debeat quæ sui natura & directò, meréque sunt rei persecutoriæ, non de iis quæ ita rei persecutionem continent ex parte actoris, vt tamen alio quolibet respectu possint dici pœnales, Non magis quàm ad eas quæ non nisi arbitrio iudicis pertinent ad rei persecutionem. Tributoriæ similis actio illa est quam Prætor dat aduersus eum qui dolo malo impedit aliquem iudicio sisti. Etsi enim datur illa actio in id quod actoris interest sisti, non alio tamen fine datur, quàm vt dolus coerceatur eius qui sisti impediit: Et ideo heredi quidem datur, sed non in heredem nisi hactenus ne is ex dolo defuncti quicquam lucretur *l. 1. in princip. & §. vltim.* iunct. *l. 3. in princip. De eo per quem fact. erit.* Eiusdem generis est actio quæ datur ex edicto illo *Ne vis fiat ei, qui in possession. miss. est.* Etsi enim non datur nisi quanti ea res est ob quam in possessionem quis missus erit, ideóque dicitur continere vtilitatem creditoris, vt quanti eius interest possessionem habere, ei tantum condemnetur is qui prohibuit, Adeò vt si ob falsum creditum, vel ob falsam petitionem missus sit in possessionem, vel si exceptione summoueri potuit, nihil ei debeat hoc edictum prodesse, quia propter nullam causam in possessionem missus fuit *l. 1. § hac verba ill. titul. Ne vis fiat ei,* Certum tamen est pœnalem eam esse *dict. leg. 1. §. vltim.* cùm expresè concepta sit in dolum

dict. l. 1.

Digitized by Google

dict. leg. 1. *in princip.* siue dominus, siue alij prohibuerint: quomodo legendum est *in dict.leg.*1.§.1. *in fin.* pro eo quod vulgo *siue doli, siue aliter prohibuerint.* Quare mirum non est, si neque post annum, neque in heredem detur nisi de eo quod peruenit, Ipsi tamen heredi cæterísque successoribus accommodetur. Obscurius illud videatur quod Vlpianus ait, de actione in factum competente ex causa interdicti, Vnde vi, quam cùm negasset *in leg.*1.§.*vltim.ill. titu. vnde vi*, competere aduersus heredes nisi in id quod ad eos peruenit dolóque malo ipsorum factum est quominùs perueniret, postea tamen subiicit *in leg.*3.§.1.*eod.* hanc actionem quæ aduersus heredem cæterósque successores pertinet perpetuò competere, quia inquit, in ea rei persecutio continetur. Quid enim commune habet ratio illa cum dicto? Quandoquidem etiam pœnales actiones dantur in heredem de eo quod ad ipsum peruenit vt turpe lucrum ei extorqueatur, vt toties diximus, & constat inter omnes ex *l.sicuti* 38. *de reg. iur.* aliisque innumeris iuris locis. Nec dici potest quod notare quosdam video respexisse Vlpianum hoc loco ad regulam illam *dict. leg. in honorariis*, quæ vult perpetuas esse actiones omnes quæ rei sunt persecutoriæ. Nam eas ipsas actiones quas perpetuas esse lex ait ob id quod rei persecutionem contineant, vult etiam dari aduersus heredem, & quidem in solidum, quod tamen in proposito casu nostro ita esse idem Vlpian. noster negat. Et meritò, quoniam actio hæc in factum pœnalis est, cùm factum & dolum puniat eius qui vim fecit; Et quidem ita vt neque liberto in patronum, neque liberis in parentes dandum sit interdictum illud, quia in se habet attrocitatem facinoris, vt ait *leg.*1. §.*interdictum hoc* 43. *eod. tit.* Nec rursus dici potest etiam pœnales actiones esse rei persecutorias quatenus ad heredem peruenit, Et quidem ex parte rei cùm possit heres eatenus reddere id quod habet. Id enim perinde dici posset de omnibus actionibus pœnalibus & ex maleficio proficiscentibus quas placuit non eo minùs dari debere contra heredem de eo quod peruenit. Omnes siquidem perinde rei persecutionem continerent. Quæ tamen ratio longè aptior esset ad probandum dari eas in solidum aduersus heredem etiam ad quem nihil peruenisset, quàm ad obligandum heredem de eo quod peruenit, Veráque ratio propter quam heredes tenentur etiam pœnalibus actionibus in quantum ad eos peruenit, non illa est quòd in tantùm rei persecutionem contineant, Sed quia lucra turpia heredibus extorquenda sunt *dict. leg.*5. *de calumniat.* sufficítque non in lucro versari heredem, nec præterea damnum eum subire æquum est, vt idem Vlpian. ratiocinatur *in dict. leg.*3. *in princip. Vnde vi.* Rationem scilicet reddens propter quam ex facinoribus defunctorum heredes teneantur quidem de eo quod ad ipsos peruenit, in solidum tamen non teneantur. Quod nō satis benè obseruatum à nobis antehac fuit cùm textus illius verba inuersa esse alicubi scripsimus. Fatendum igitur est, meo iudicio, corruptum esse Vlpiani textum *in dict.leg.*3.§.1.& intelligendum non de actione quæ aduersus heredem ex edicto illo competit, sed de illa quæ heredi. Est enim ea ratio, & optima, & germana propter quam actiones omnes etiam quæ ex parte rei sunt pœnales, heredi tamen dandæ sunt, Si ex parte actoris rei persecutionem contineant, vt ex cæterarum omnium, de quibus iam diximus, exemplis liquidò appatet. Ita verò Vlpianum nostrum non modò sensisse, sed etiam scripsisse assequemur facilè, si dictionem *aduersus* emendemus, & pro ea legamus *ad*, sola prima dictionis syllaba retenta, quam imperitus, siue interpres, siue librarius non intelligens, putabat

Digitized by Google

mutilam esse dictionem, sensúmque mancum si non pro *ad* reponeret *aduersus*. Non obseruans quod sequitur verbum *pertinet* quod ille per maiorem imperitiam accepit pro *competit*. Omnino absurdè. Nec enim dicimus actionem pertinere aduersus heredem quæ contra heredem datur sed competere. At è contrario pereleganter dicimus pertinere ad heredem eam actionem quæ heredi danda sit. Voluit ergo Vlpianus monere non quemadmodum actio hæc denegatur contra heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, Ita nec heredi aut non nisi intra annum dandam esse, Nimirum quia cùm rei persecutionem habeat, & ad heredem pertinet, & perpetuo competit. Et verò cùm iam monuisset Vlp. actionem hanc non dari aduersus heredem, cõsequens erat vt moneret dari tamen eam heredibus in perpetuum, id est etiam post annum, ne quis fortè cõtra putaret deceptus ex *reg. d. l. in honorariis*. Neque tamen ita scribit vt dicat & ponat hanc actionem pertinere ad heredes cæterósque successores, Sed hoc ipsum quasi iam certum & exploratum præsupponit cùm sic ait, *Hæc actio quæ ad heredes cæterósque successores pertinet*, Scilicet quia hoc ipsum iam disertis verbis expresserat *in d. l. 1. §. hoc interdictũ* 44. *eod. tit.* ideóque nec repetendum ex professo fuit, Sed illud duntaxat monendum quod nondum dixerat, perpetuo eam dari: Subiecta etiam ratione quæ vtrumque probaret, Id est & ad heredem cæterósque successores actionem illam pertinere vt iis detur perinde ac ei qui per vim expulsus est, Et perpetuo dari, Nempe quia rei persecutionem contineat. Quæ enim meram rei amissæ persecutionem habent, licèt ex parte actoris tantùm, vtroque illo iure semper censentur, vt & heredibus competant & in perpetuum, Si modò persecutionem illam rei contineant directò & sui natura ex parte actoris. Hoc enim addendum necessariò est vt eas excludamus quæ arbitrio tantùm iudicis ad rei persecutionem pertinent quas supra diximus non magis post annum quàm in heredem dari, si intra annum iudex acceptus non sit, cuius arbitrio fieri possit vt persecutoriæ esse incipiant *d. l. 4. §. vlt. & legib. seqq. D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Excludẽdæ sunt etiam illæ quæ ex parte actoris ideo persecutionem rei continere dicuntur quia dentur ad id omne quod interest: Nam cùm in eo contineatur etiam quod lucrari actor potuit, *l. si commissa* 13. *rat. rem hab.* videatur habere aliquod pœnale etiam ex parte actoris vt in *l. 1. §. vlt. D. ne vis fiat ei qui in poss.*

ERROR OCTAVVS.

De actione legis Aquiliæ cur non detur in heredem, Ad §. at ne is quidem. infr. ad leg. Aquil. Itémque ad l. 3. §. pen. & vlt. & l. 4. D. si mens. fals. mod. dixer. Et de actione quæ ex precario competit cur non detur in solidum aduersus heredem.

EX quo intelligimus quemadmodum facilius est vt pœnalis actio datur heredi quàm in heredem etiam de eo quod peruenit, vt videre est in actione Vi bonorum raptorum *leg. 1. §. vltim. V i bonor. rapt.* Ita & facilius dari eam perpetuo etiam in heredem; quàm vt in solidum contra heredem vllo casu detur, Nec si mista esse proponatur, Mista inquam, siue quòd & pœnam & rei persecutionem contineat ex parte rei vt illa eadem Vi bonorum raptorum, & actio legis Aquiliæ non

Digitized by Google

non solùm si aduersus inficiantem in duplum agatur, sed etsi in simplū quisque agat, veluti si quis hominem claudum, aut luscum occiderit qui in eo anno integer, & magni precij fuerit *§. vi bonorum raptorum* 19. *Inst. De action.* Siue quòd persecutionem rei contineat, ex parte actoris, pœnam verò ex parte rei vt illæ de quibus modò diximus. Nulla enim ex mistis datur vnquam in solidum aduersus heredem, Ne quidem quod magis mirêre, eo casu quo detur ad solā rei persecutionem, Puta si quis agat ex lege Aquilia de homine occiso qui pluris fuerit eo tempore quo fuit occisus, quàm toto illo anno retrorsum computato: In qua specie dubitari non oportet quin solius simpli persecutio veniat in hanc actionē, nec lis vltra damnū æstimetur, Et tamen nō eo minùs actio sit pœnalis, scilicet ex sui natura, & si non ipso actu saltē habitu: quod sufficit vt nec hoc quoque casu dari possit in heredem: Quia quod nullam hoc casu pœnā sed simplū dūtaxat actor cōsequatur, nō tā iure fit quàm occasione, vt loqui soleo post Paulū *in l. 2. De ruis.* Eáq; vera ratio certè est cur neq; hoc casu cōpetat contra heredē. Miror verò ingenia multorum qui scripserūt sine lege & cōtra Iustin. textū *in d. §. his autē verbis*, actionē legis Aquil. transire in heredē: Allata quoq; ratione illa, quòd in actionē legis Aquiliæ veniat culpa etiā leuissima, id enim neq; verū est, neque etiamsi verū esset, inferri tamē quicquā ex eo posset: Nego verū esse quia quod plerisq; iuris nostri locis scriptū est in huiusmodi actione culpā quoq; æstimari vt *in l. item si obstetrix 9. §. vlt. cum duab. legib. seqq. D. ad l. Aquil. §. at ne is quidē & seq. Inst. eod.* de sola leui culpa accipiendū est vt & cæteri omnes loci qui de culpa loquuntur nō de leuissima *l. contractus 23. De reg. iur. l. si vt certo 5. §. nunc videndum D. commod.* Culpam enim leuissimam solent prudentes exprimere nomine diligentiæ, scilicet exquisitæ nec præstitæ, leuē verò culpam nomine desidiæ & negligentiæ, vt in superioribus docuimus ex *dict. l. contractus* in illis verbis *in his quidam & diligentiam* & *d. §. nūc videndum vers. commodatum autem in fin.* vbi diligentia ponitur tanquam medium quid inter dolum & culpam. Nego etiam ex supradicta propositione tametsi esset tam vera quàm falsa est, inferri tamen quicquam posse, Nam & pleræque actiones sunt etiam rei persecutoriæ quæ dantur contra reum etiam ex culpa leui, quæ tamen non transeunt contra heredē nisi hactenus vt teneatur ille ex dolo defuncti, aut ex ea demum culpa quæ sit dolo proxima vt apparet ex actione tutelæ quæ contra tutorem datur ex culpa etiam leuissima *l. à tutoribus 33. in princip. de admin. tut. & d. l. contractus*, quia licet tutelæ administratio ad solius pupilli vtilitatem pertineat, incidit tamen pupillus in tutorem *l. vltim. D. rem pup. salu. fore*, Et tamen non transit actio illa contra heredem nisi quatenus in dolo vel in lata culpa dolo proxima tutor fuit. Quod & in actione illa subsidiaria obtinet quæ contra magistratum datur ex *tit. de magistr. conuen.* & contra ipsius heredem *l. 1. C. de hered. tutor. l. 2. C. de magistr. conuen. l. non similiter 4. D. eod.* Obseruari tamen volo quando in hunc tractatum incidi, subesse mendum non obscurum *in d. §. at ne is quidem Inst. de leg. Aquil.* vbi ordine inuerso scriptum est, *nam alioqui nō minùs ex dolo quàm ex culpa quisque hac legē tenetur* pro eo quod legendum est *non minùs ex culpa quàm ex dolo* vt nemo non videt. Quod si actio mista sit, non quia partim pœnalis & partim rei persecutoria, vt actiones Vi bonorum raptorum & legis Aquiliæ, sed quia ex parte actoris meram solámque rei persecutionem contineat, ex parte verò rei sit pœnalis numquam datur illa in solidum contra heredem. Exemplum illustre est ad confirmandam propositionem nostram in actione illa prætoria quæ aduersus falsum

Digitized by Google

mensorem ex edicto datur. Nam cùm non competat nisi ei cuius interfuit falsum modum renunciatum non esse *l.3.§.1. ill.tit.si mens.fals. mod. dixer.* apparet esse illam rei persecutoriam ex parte actoris, Nec eo minùs tamen verum est pœnalem illam esse ex parte rei cùm sit concepta in dolum, eiúsque factum puniat *l.1.in princip.& §.1.eod.* Ideóque non datur in heredem similésque personas *d.l.3.§.penultim.* nec proinde in dominum de peculio ex facto serui, sed noxalis tantùm vt subiicitur *in §.vlt. eiusd.legis.* quamuis, vt lex ait, ciuilis actio quæ ex contractu nascitur soleat contra dominum ex contractu serui competere non noxalis sed de peculio licèt delictũ quoq; versetur *l.ex contractibus 49. in fin. D. de obli.& actiõn.* Nempe quia hæc actio non ex contractu nascitur, sed ex maleficio & dolo. Et tamen datur non solùm heredi sicut & cæteræ quæ ex parte solius actoris meram rei persecutionem continent, *dict. § penult.* verùm etiam contra mensorẽ perpetuò, id est etiam post annum *l.4.eod.tit.* vbi rationem adfert Paulus quoniam initio inspecto quod semper inspiciendum est, non à circumscriptione & dolo, sed à negotio suscepto accipit originem. Propter quam causam magis mirum videri posset quare non detur in heredem, & in dominum etiam de peculio, Quasi ex contractu magis quàm ex delicto proficisci videatur, quamuis in ea delictum quoque versetur. Sed aliud est, Accipere illam originem ex contractu, Aliud verò ex suscepto negotio, Nec enim quisquis negotium suscipit statim contrahit, licèt quisquis contrahit hoc ipso negotium gerat. Et ideo dicimus dari hanc actionem contra eum qui ciuiliter obligatus non est, quémque idcirco de solo dolo teneri debere visum est, vt ratiocinatur Vlp.*in l.1.§.1.* adeò vt nec nisi subsidiaria sit actio, quam non aliter Prætor dare solet quàm si alia ciuilis actio nulla sit per quam actor indemnitatem suam consequi possit ab alio, quàm à falso mensore *dict.l.3 §. Pomponius & seq eod.* Cur verò Vlpianus cùm dixit non dari eam in heredem *d.l.3.§.penult.* non addidit, quomodo in cæteris addi solet, Nisi de eo quod ad heredem peruenit? Suprà enim diximus Esse hoc ius singulare actionis Vi bonorum raptorum, vt contra heredes raptoris, non detur ne quidem in id quo locupletiores facti sunt, quia putauit prętor sufficere condictionem vt scriptum est *in leg.2.§. vlt.Vi bonor.rapt.* An ergo actio de qua tractamus quæ ex edicto prætoris contra falsum mensorem datur, similis hac parte fuerit actioni Vi bonorum raptorum? Minimè. Nulla enim alia superest actio ei qui per falsi modi renunciationem deceptus fuit, per quam consequi indemnitatem possit: Quæ si aliqua superesset, ne quidem hanc prætor, vt diximus, daret. Est igitur potius similis actioni legis Aquiliæ, quã monuimus, nullomodo in heredẽ dari, quia nec fieri facilè potest vt ex facto eius qui alienum hominẽ occidit, aut vulnerauit quicquã lucri ad heredẽ ipsius perueniat, Vnde & actio dãni iniuriæ appellatur, vtpote per quam damnũ duntaxat infligatur, non etiam lucrum captetur [Quanquam si aliter quandoque eueniat, non est permittendum, vt ex alterius damno heres locupletior fiat *l.inde Neratius 23.§.hanc actionem D.ad leg. Aqu.*] Quod in aliis ferè omnibus actionibus etiam quæ ex maleficio nascũtur, planè diuersum est, Excepta ea de qua tractamus. Nam neque ex falsæ mensoris renũciatione lucrum aliquod mensori acquiri solet, quod eius heredi postea extorqueri possit & debeat, sed damnũ tantũmodò ei cui falsa renũciatio nocet, irrogatur. Difficilius illud videtur, quod de precario scriptũ est *in l. quæsitum 8.§.vlt.ill.tit. De precar.* Eo interdicto teneri quidẽ heredem eius qui precariò rogauit, quẽadmodũ & ipse qui rogauit tenetur, Vt siue rẽ precariò datã habeat siue dolo fecerit

cerit quominùs haberet, teneatur, Sed tamē ex defūcti dolo qui ſolus in illo interdicto præſtādus eſt, nō teneatur niſi hactenus quatenus ad eum peruenit. Nā cùm negari nō poſſit quin ſiue per interdictū De precario, ſiue per actionē vtilē & extraordinariā quæ hodie in locū interdicti ſubſtituta eſt, actor rē ſuā perſequatur non etiā pœnā vllā, id eſt aliquid quod ſit vltra rē, proximéq; accedat precariū ad cōmodatū, nec poſſit videri pœnalis hæc perſecutio ex parte rei nō magis quàm ex parte actoris, Mirū ſanè eſt cur aduerſus heredē illius qui precario rogauit, nō detur in ſolidū, ſed tātū de eo quod peruenit. Videretur enim hoc cōſequens ei quod ſupra diximus generaliter verū eſſe in actionib. omnib. quæ merā rei perſecutionē cōtinent tā ex parte rei quàm ex parte actoris, vt cōtra heredē in ſolidū dentur, licèt nihil ad eū peruenerit tùm quoq; cùm ex maleficio dantur. Quidni ergo multo magis ex cauſa precarij? Sed reſpondendū eſt cū Paulo noſtro *in l. interdictū 14. eod. tit. De precar.* precarij conditionē ad donationis & beneficij magis quàm ad vllius negotij cōtracti cauſam ſpectare. Sunt enim iſta oppoſita, negotiū aliquod geſtū eſſe, Et donationem interueniſſe *l. ſi prædia 38. D. de don. int. vir. & vx.* Ideóq; interdictū De precariis meritò à Prætore introductū eſſe cùm nulla eo nomine iuris ciuilis actio eſſet quę haud dubiè nō defuiſſet ſi precariū iure cōtract* cēſeri poſſet. Indéq; illud etiā eſt quod qui precariò rogauit non tenetur niſi de dolo, latáq; culpa quæ dolo æquiparari poſſit: qui tamē exēplo cōmodatarij etiā de leuiſſima culpa teneri deberet ſi ex cōtractu cōueniretur. Cùm in cōtractib. perpetua ſit illa iuris regula, vt ſi quis factus ſit in gratiā eius ſolùm qui cōuenitur, pſtari ex eo debeat nō ſolùm dolus & leuis culpa, ſed etiā diligētia, id eſt culpa quoq; leuiſſima, vt euenit in cōmodatario *d. l. 5. §. nunc videndū in fi. D. commod. d. § is verò cui verſ. at is qui Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* Nā nec precariū fit in gratiam eius qui precariò cōcedit, ſed ſemper in fauorē illius tantùm qui rogauit nō minùs quàm cōmodatum. At quia precariū non ſicuti cōmodatū, cōtractus eſt, totūque ex liberalitate deſcēdit eius qui precariò cōceſſit, ideò ſatis eſt dolū malū ab eo pſtari qui precariū acceperit, eáq; culpā quę dolo proxima ſit, quomodo ratiocinatur Vlp. *in l. quæſitū 8. §. illud adnotatur D. de precar.* Quid? An nō etiā cōmodatū deſcēdit ex mera liberalitate cōmodātis? Ita ſanè eſt ſi originē & initiū inſpicias. Gratuitū enim eſſe debet, Alioqui nō cōmodatū erit ſed locatio, vel quod aliud genus cōtractus *d. verſ. at is qui in fi.* Sed tamē in eo differt à precario, quod cōtractus eſt. Ex quo illud etiā fit, vt ex cōmodato nō tantùm is qui accipit obligetur ad rei cōmodatæ reſtitutionē, ſed etiā is, qui cōmodauit, Hactenus nimirū ne cōmodatū reuocare poſſit ante tēpus atq; imēpeſtiuè vſum cōmodatæ rei auferre *l. in cōmodato 17. §. ſicut autē D. commod.* vbi ſcribitur nō tantùm officiū impedire ne id facere cōmodatario licere debeat, quoniā adiuuari nos beneficio non decipi oportet, ſed & ſuſceptam obligationem inter dandum accipiendúmque. Geritur enim negotium inuicem, & ideo propoſitæ ſunt inuicem actiones, vt appareat, id quod principio beneficij ac nudæ voluntaris fuerat, conuerti poſteà in mutuas præſtationes actionéſq; ciuiles. *l. ſicut 5. C. de oblig. & act.* Proinde verū eſt commodatum ab initio quidem perinde ac precarium ex liberalitate deſcendere, ſed non ex mera concedentis voluntate & liberalitate continuari, quomodo continuatur precarium quod pro arbitrio eius qui dedit reuocari quandocunque poreſt. Quis ergo miretur non teneri de precario heredem accipientis ex dolo defuncti, niſi de eo quod ad ipſum peruenit? Eſt enim generale illud & perpetuum, vt ex defuncti dolo nūquam teneatur heres in ſolidum

nisi cùm ex contractu actio venit *d. l. ex contractibus* 49. *l. ex deposito* 12. *De oblig. & act. l. si hominem* 7. *§. datur D. deposit.* Nam extra hunc casum fatendum est actionẽ quæ datur ex dolo defuncti esse ex maleficio, Ideóque nec in solidũ dari debere, nisi ex sua natura & ex vtraq; parte tam eius qui conuenitur, quàm actoris, habeat rei persecutionẽ. Vt mirer in *d. l. contractus* 23. *De reg. iur.* additam mentionem precarij cum tota illa lege nõ nisi de contractibus agatur aut quasi contractibus, Precarium autem neque contractus sit, neque quasi contractus: Nisi quod alioqui proximè videtur accedere ad commodatum.

ERROR NONVS.

De eadem actione quæ pro precario datur an & quo casu transeat in heredem. Et de conciliatione Papiniani cum Paulo & Vlpiano Ad l. quæsitum 8. §. vlt. De precar. & l. cùm heres 13. De diuers. temp. præscr.

SED & illud magis miror quod scriptum est *in d. l. quæsitum* 8. *§. vlt. D. de precar.* Interdictum de precario transire contra heredem, Cùm certissimi iuris sit non transire precarium in heredem illius qui accepit, licèt cum hereditate rei quoque precariò concessæ possessio in eum transierit, si modo possessionem illam vt & cæterarum rerum hereditariarum adprehenderit *l. cùm heredes* 23. *D. de acquir. poss.* Finitur enim precarium morte accipientis, Quippe ipsi duntaxat nõ etiam heredi eius concessa possessio est, inquit Celsus in *l. cùm precario.* 12. *§.* 1. *De precar.* Ideóque nimirum negat Papinianus *in l. cùm heres de diuers. tempor. præscrip.* heredem illius qui precariò accepit, rectè conueniri interdicto. Quomodo igitur defendi potest, quod Vlpianus ait *in d. l. quæsitum §. vlt.* Si rem illam heres habeat aut dolo fecerit quominùs haberet perinde illum teneri interdicto atque defunctus ipse tenebatur, id est ex proprio suo dolo vel lata culpa in solidum, Quamuis ex dolo defuncti non nisi de eo quod peruenit. An non videtur in eo Vlpianus à Papiniano apertissimè dissentire? Itémque Imperatores in *l.* 2. *C. eo.* vbi rescribunt habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri proposito contra eos interdicto. Sed & Paulus noster *lib.* 5. *sentent. tit. De interd.* vbi hanc ipsam quæstionem tractat, etsi sententiam suam exprimit iis verbis quæ cum Papiniani sententia consentire videantur, effectu tamen ipso non minùs Papiniano quàm Vlpiano aduersatur, ni fallor, cùm ait Heredem eius qui precariam possessionem tenebat si in ea manserit, magis dicendum esse Clam videri possidere, nullę enim, inquit, preces eius videntur adhibitæ, & ideo persecutionem rei semper manere, nec interdicto locum esse. Nam si heres illius qui precariò acceperat clam possidere intelligitur, vt ait Paulus, quidni teneatur interdicto Quod vi aut clam? Non minùs enim locum habet interdictũ illud cùm agitur de clandestina possessione, quàm interdictum de precario cùm agitur de precaria *l. communi* 7. *§. Iulianus* 5. *& §. præced. D. commun. diuid.* Ex quo apparet quod Paulus supradicto loco scribit heredem non teneri interdicto, non de quolibet interdicto generaliter intelligendum esse, sed restringendum necessariò ad interdictum de precario quod & Cuiacius ad Papinianum fatetur. Sed quod Papinianus *in d. l. cùm heres*, exprimit heredem non rectè interdicto conueniri licet iisdẽ penè verbis quibus Paulus vtitur, non tamẽ eadẽ interpretatione donari potest. Sẽtit. n. haud dubiè Papinianus generaliter de interdicto quolibet,

Digitized by Google

quolibet, nec minùs de interdicto Quod vi aut clã, quàm de interdicto De precario, quãuis Cuiacius reluctetur. Nam cùm disertè loquatur Papinianus de herede ignorãte precarium, quî fieri obsecro potest vt possit conueniri interdicto Quod vi aut clã is qui de precario nihil vnquã sciuit? Itaq; si aliud nihil obstaret facilè posset Papinianus conciliari cũ Paulo. Dicẽdũ enim esset loqui Papinianũ de herede ignorãte, Paulũ verò de sciente: quod apertè probãt verba illa *heres eius qui precariã possessionem tenebat si in ea manserit*. Nec enim posset manere in possessione precaria qui ignorasset precariũ. At difficultas in eo est quod Papinianus generaliter de interdicto quolibet, vt diximus intelligatur, in ea videbitur fuisse sententia vt heredem illius qui precariò negauerat, crediderit teneri etiam de precario à cõtrario sensu si ponas heredẽ hũc scientem nõ ignorantẽ. Nam & ratio qua mouetur ne putet hũc heredem teneri interdicto saltẽ de precario, non alia est, quàm quia precarium ignorãtẽ nõ teneat. Quibus verbis an non apertè significat heredem scientẽ teneri ex precario defuncti? Quo admisso quid impedit, quominus ergo teneatur interdicto De precario? Id enim prorsus consequens videtur si bona & recta Papiniani ratio est. Et tamen certum est scientiam heredis non posse facere vt eo magis vllæ ipsius preces adhibitæ intelligantur. Qua vna ratione eáque sanè fortissima mouetur Paulus itémque Celsus *in d.l. cum precario §. 1.* vt negent teneri heredem interdicto De precario. Ergo vel in hoc saltem dissenserunt à Papiniano quod illam scientiæ & ignorantiæ distinctionem non admittunt quã Papinianus admisit. Qua de causa vt puto, & conciliationis gratia visum est doctissimo viro Iacobo Cuiacio, locutum esse Papinianum de herede ignorante non ad differentiam scientis, quasi eadem vtriusque ratio esse debeat, vt ex precario defuncti neuter teneatur, sed quia inquit de solo ignorante herede quæstio erat, & esse poterat, an ei scientia defuncti noceret quominùs vsucapere rem posset, cùm in sciente nihil tale tractandum esset, cui si non defuncti, certè propria saltem scientia noceret. Itaque vult Cuiacius siue sciens, siue ignorans heres fuerit, nunquam teneri eum ex precario defuncti, nec proinde interdicto De precario posse vllo casu conueniri, sed tamen omni casu malam fidem defuncti transire in heredem quantumuis ignorantem atque ita impedire ne possit vllo tempore vsucapere aut longa possessione sibi acquirere eam rem quam defunctus vsucapere ideo non poterat, quòd eam precariò possideret *l. vltim. Cod. commun. de vsucap.* Ego verò non possum mihi persuadere Papinianum aliam ob causam locutum fuisse de herede ignorante, quàm vt ostenderet aliud se existimare in sciente. Nec rursus video quomodo generaliter definiri possit, Precarium nunquam tenere heredem ne quidem scientem, Nec interdicto de precario contra eum vllo casu locum esse posse, quin repugnet euidenter Vlpian. *in d.l. quæsitum 8. §. vltim. De precar.* cùm scribit eo interdicto teneri heredem eius qui precariò rogauerat, & addit quod magis est *quemadmodum ipse*. Quibus verbis videtur excludere illam scientiæ & ignorantiæ distinctionem, quam nemo dixerit cadere posse in eum ipsum qui precariò rogauit, qui vtique facti proprij obtendere ignorantiam non potest, vt ait *l. quanquam 7. D. ad SC. Velleian.* Neque tamen hoc eò pertinet vt credi possit Vlpianum cum Papiniano consentire qui putauit scientem heredem teneri de precario, sed potiùs vt intelligamus dissentire illum à Papiniano, qua ex parte credidit Papinianus ignorantem heredem non teneri precario, neque interdicto De precario, Apertiùs autem à Paulo, quatenus negauit ille teneri eo interdicto heredem.

etiam scientem. Rector namque cum defuncto comparatio est heredis scientis quàm ignorantis. Neque verò aliud requirit Vlpianus ad obstringendum heredem interdicto De precario, nisi vt heres habeat penes se rem precariam, vel dolo fecerit quominùs haberet, aut ad se perueniret. Quæ postrema Vlpiani verba ostendunt, non tantùm ex defuncti persona teneri heredem, sed etiam ex propria secundum Vlpiani sententiam, Eo nimirum casu quo dolus ipsius aliquis interuenerit, ne res precariò concessa defuncto ad se perueniret, Libuit verò id obseruare vt refellerem Cuiacij interpretationem qui non aliter pugnantes istos iuris locos conciliat quàm vt dicat heredē eius qui precario rogauit, non quidē teneri interdicto De precario ex propria persona, sed teneri tamē ex persona defuncti. Quæ interpretatio sicut Vlpiano nō conuenit, vt ostēdimus, ita neq; Paulo, neq; Papiniano. Cùm enim admittūt illi, Nō teneri heredē interdictum De precario, ideo quod precarium in eum non transeat, quid aliud quæso sibi volūt, quàm quod Cuiacius negat, teneri nō posse heredē interdicto illo quo defunctus tenebatur, ne quidē ex defuncti persona etiamsi rem precario concessam teneat, dūmodò ignorans, si Papiniano credimus, aut si Paulo, nec si sciens. Deniq; si verum est quod Paulus & Papinianus volunt nō transire precarium in heredem, fieri sanè nullomodo potest vt interdictum De precario possit eo casu esse hereditarium vt ex persona defuncti aduersus heredē proponi possit. Neque rursum dici potest quis huius distinctionis effectus futurus sit si ponas rem quæ defuncto concessa precariò fuerat, in solidū ad heredem peruenisse. Quid enim hoc casu refert an interdicto conueniatur heres ex persona defuncti, an ex propria? cùm vtroq; casu tantundē præstet? Sanè cùm ad eum minùs peruenit ex precario quàm fuerit penes defunctum, probabiliter tentari posset, debuisse ita ius constitui vt in solidum teneretur & supra quàm ad ipsum peruenisset, tametsi nullus ipsius dolus interuenisse proponeretur. Quandoquidem & defunctus ipse in solidum tenebatur. Hereditariæ autem actiones quæ contra heredem transeunt tales transire solent quales contra defunctum ipsum competebāt. Nec quod aliis plerisq; casibus euenit vt illius qui in solidū tenebatur heres de eo tantùm cōueniri possit quod ad eum peruenit, vel quod dolo eius malo factum est ne perueniret, Aliūde proficiscitur, quàm quòd actiones illæ tales sint quæ sui natura non possint transire in heredem, vt in iis omnibus cernere est quæ ex delicto dantur ad pœnam, Et quas tamen extendi placuit contra heredem, vt ex iis scilicet teneatur heres non tanquam ex persona defuncti, sed ex propria, Nimirum vt improbum lucrū ei extorqueatur, & ne alieno scelere ditetur: quæ ratio personam ipsius solam respicit non personam defuncti, qui si viueret & in solidum teneretur, & ex causa proprij sceleris, non alieni. Ergo quod Vlpianus scribit *in d. l. quæsitum §. vlt.* Hoc interdicto De precario teneri heredem eius qui precario rogauerat, quemadmodum ipse, vt siue habeat, siue dolo fecerit quominùs haberet, vel ad se perueniret teneatur, Ex dolo autem defuncti hactenus quatenus ad eum peruenit. Ostendit potius in ea Vlpianum esse sententia vt putet rogantis heredem teneri ex propria persona, quàm vt ex persona defuncti teneatur. Et verò cùm id quod Vlpianus scribit hoc interdicto teneri heredem illius qui precariò rogauerat, quemadmodum ipse tenebatur, non ita possit accipi vt ad ipsum teneatur ad quod rogans ipse si viueret, teneretur, Omnino relinquitur, vt ita accipi debeat, perinde vt teneatur heres rogantis interdicto de precario ex propria persona, atque rogans ipse tenebatur, licèt non ad illud ipsum. Sicut & quod Paulus scribit here-

Digitized by Google

bit heredem hunc qui sciens mansit in precaria defuncti possessione, videri clam possidere, ac proinde quod omnino consequens est, teneri interdicto Quod vi aut clam, non alium sensum habere potest, quàm vt eo interdicto ex propria persona conueniatur. Quomodo enim conueniretur ex persona defuncti, cùm defunctus non clam possederit, sed precario, Heres autem primus ille fuerit qui cœpit clam possidere. Similiter igitur dicendum est si quo casu rogantis heres teneatur interdicto De precario, siue ex Vlpiani, siue ex Papiniani sententia, non nisi ex propria persona teneri eum posse; Quamuis hoc sit dissimile quod interdictum De precario contra defunctum proponi potuit, cõtra quem interdictum Quod vi aut clam exerceri non potuisset. Deniq; si Papinianum sic intelligas cũ Cuiacio vt de solo interdicto De precario senserit, tantò magis eum facies dissentientem à Paulo. Retenta enim distinctione illa quam Papinianus probauit, De sciente vel ignorante herede; fatendum erit Papinianum dare contra scientem heredem rogantis interdictum de precario in eo ipso casu quo Paulus dat interdictum Quod vi aut clam, quippe quod cum interdicto De precario concurrere nunquam potest, Non magis, quàm illud fieri vt quis eandem rem & clam & precario simul possideat. Nam præter id quod clam possidet is demum qui aduersario ignorante possidet, Precario autem qui ab ipso domino volente & scienter liberalitatem exercente; Illud etiam constat, quod ex hac differentia prorsus nascitur, Clandestinam possessionem semper esse iniustam, Precariam verò iustam *leg. quæcunque 13. §.1. De publician. in rem act. dict. leg. 7. §. Iulianus D. com. diuid.* quia domini voluntatem habet *leg. de eo 63. D. de donation. int. vir. & vxor.* Quare difficile certè est vt negare quis possit in quæstione ista Iureconsultos dissensisse. Nam quas Accursius tam multas adfert conciliationis rationes & responsiones, iam satis supérque ex iis quæ diximus confutatas esse arbitramur. Puto tamen si qua ratione conciliari queant, non posse id commodius fieri quàm vt dicamus, Adhibendam primùm distinctionem illam quam Papinianus expressim adhibet, An de rogantis herede sciente loquamur, an de ignorante, Vt ignorantem nullo casu precarium teneat, quemadmodum Papinianus ait, & consequenter non rectè interdicto conueniatur. Quod quemadmodum generaliter à Papiniano scriptum est, ita ego generaliter intelligo, id est non tantùm de interdicto De precario, sed etiam de interdicto Quod vi aut clam, De quo longè minùs dubitari poterat quin contra ignorantem dari non posset, cùm clandestina possessio nunquam sit sine scientia, adeóque nec sine dolo. In herede autem sciente aliud obseruandum sit non vt omnimodo & omni casu teneatur interdicto De precario, Sed vt aliquo tamen casu. Itaque subdistinguendum necessariò est, An heres ita sciat precarium quod defuncto concessum fuerat, vt tamen is qui concesserat nondum sciat defunctum esse rogãtem, An verò ex vtraque parte interueniat scientia, Ex parte quidem heredis quod nisi ex causa precarij defunctus rem tenuerit, Ex parte verò concedentis, quòd rogans decesserit, & possessio quæ penes rogãtẽ precaria fuerat, ad ipsius heredẽ peruenerit. Priore casu non potest dici locũ esse interdicto De precario, cùm neque vlla possit videri in concedente voluntas esse exercendæ liberalitatis in rogantis heredem quem heredem esse nescit, Neque in persona heredis animus sit continuandi precarij, cùm nec expressas, nec tacitas vllas preces adhibeat, vt sibi precaria possessio relinquatur, Quam ex

Digitized by Google

vindicationem quam habet perpetuam is qui concessit aduersus rogantis heredem, qui propter malam fidem defuncti cuius ipse etiam ignorans successor est, neque vsucapere rem potest, neque longa vlla quanticumque temporis possessione vllam sibi acquirere, vt Papinianus ratiocinatur *in d. l. cùm heres 11. de diuers. tempor. præscript.* De cuius sententia etsi quæ hoc capite diximus sufficere posset, quia tamen visa est Iacobo Cuiacio aliqua egere emendatione, & certè indiget, de ipsius quoque emendatione subiiciendum nobis aliquid est.

ERROR DECIMVS.

De emendatione l. cùm heres 11. D. de diuers. tempor. præscript.

NON fuit difficile præsertim viro doctissimo, & in emendandis legibus perspicacissimo Iacobo Cuiacio mendum illud obseruare quod subest in *leg. cùm heres 11. D. de diuers. tempor. præscript.* de cuius sententia superiore capite scripsimus. Nam siue vulgatam lectionem sequare quæ habet *velut cùm sciens alienum illum illo vel precario possedit*, quis obsecro sensus esse potest eorum verborum *illum illo*? Siue magis probes Florentinam quæ pro *illo* habet *ille*, quænam obsecro vis erit disiunctiui articuli *vel* vno tantùm illo casu expresso quo defunctus rem alienam precariò rogauerit? Nam qui præcedentibus verbis casus significatur *Cùm sciens alienum illum* non tam alius est quàm idem ille qui exprimitur in sequentibus, nisi quod generalior est. Nam quisquis rem aliquam ab alio possidet precario, vtique possidet sciens alienam cùm rei propriæ precarium nō consistat *l. neq; pignus 45. De reg. iur. l. 4. §. item si rem meam D. de prec.* quamuis non è contrario consequens sit, vt quisquis rem alienam sciens possidet, eandem precario possideat. Proinde non minùs inepta & Papiniano indigna est locutio illa, *Cùm sciens alienum illum ille vel precario possedit*, quàm si quis diceret, Stichum esse animal aut hominem, Quasi non sit animal, quisquis homo est, Idémque absurdum eueniet quoties disiunctio ponetur inter genus & speciem, Propter quam causam solent nostri dicere ad *leg. sæpe 53. De verbor. signific.* Disiunctiuam, vt loquuntur, positam inter genus, & speciem, accipiendam esse pro coniunctiua, Quod tamen an perpetuò verum sit, alio commodiore loco disquirendum erit. At neque dici potest quis in superioribus verbis sensus sit dictionis *illum* quam habet vtraque lectio & vulgaris & Florentina, Siquidem in præcedentibus neque fundi mentio vlla facta est, neque alterius rei vllius, ad quam possis referre pronomen hoc demonstratiuum *illum.* Largiamur ergo Cuiacio, & fateamur id quod res est locum esse corruptum, & emendatione aliqua indigere, Sed quomodo emendandus sit videamus. Putat vir doctissimus expeditam esse emendationis rationem si sic legamus *cùm sciens alienum vel vi vel precariò possedit*, vt his verbis duo exempla adferre Papinianus voluerit iniustæ possessionis, violentæ scilicet, & precariæ. Nec sanè aut rectior, aut accommodatior emendatio quærenda esset, si hoc tantùm ageremus, vt absurda illa quæ retulimus euitarentur, ex quibus inducitur necessitas emendandi, Nisi quod falsum est precariam posses-

Digitized by Google

sionem esse iniustam, Est enim iusta licet talis quæ non pergat ad iudicij vigorem *leg. communi 7. §. inter prædones D. commun. diuid. leg. quæcunque 13. §. 1. De publician. in rem action.* Sed cùm in omnibus, præcipuè verò cùm de legum emendatione tractatur, cauendum summopere sit ne quid aduersus veram merámque iuris rationem in Papiniani potissimum scriptis admittatur, Miror Cuiacium hanc emendationem probare potuisse, nec animaduertisse, dum in iuris notis malè, vt ipse loquitur, explanatis rectiùs explanandis totus est, magnam se Papiniano iniuriam facere, quem fatendum sit huiusmodi admissa emendatione contra iuris certissimi, & apertissimi rationem respondisse. Quis enim nescit iam ipsis Papiniani temporibus ita ius fuisse vt rem quæ ab initio vi possessa fuisset, vsucapere nemo posset, ne is quidem qui neque vim fecisset, neque factam ab alio vim vnquam sciuisset? Ita nimirum inducto iure per legem Iuliam Plautiam vt violentiæ vicium rem ipsam afficeret, atque ita vsucapionem in cuiuscunque etiam bonæ fidei heredis persona impediret, quousque purgatum esset reuersa re in domini potestatem, sicut & iam antea ex legibus duodecim tabularum, & ex lege Atinia erat prohibita vsucapio rei furtiuæ, cuius possessio non priùs in potestatem domini ad purgandum vicium rediisset *§. furtiua quoque res. Institut. de vsucap. leg. non solùm 33. in princip. & §. si dominus. leg. quam rem 38. D. eodem, leg. si partem 5. Cod. de vsucap. pro empt.* Proinde cùm Papinianus non de rei vicio tractaret quod rem ipsam perpetuò comitatur ad quemcunque iuerit illa possessorem, sed de personali vicio defuncti, quod in solum heredem transire posit, tanquam in eum qui non rei singularis, sed vniuersi iuris successor sit, Non erat conueniens vt exemplum adferret de re quam defunctus vi possedisset, Quia licèt violenta possessio id simile habeat cum clandestina & precaria, quod malam fidem adnexam habet quę omnimodo impedit vsucapionem, hoc tamen habet dissimile & odiosius, quod rem ipsam afficit & inficit, non etiam precaria vel clandestina. Itaque si quis quæreret de hoc ipso de quo Papinian. quærit, Cur heres illius qui rem vi possedisset eam vsucapere non posset, Inepta esset responsio quæ ex Papiniani ratione sumeretur, quod heres in omne ius defuncti succedat. Quando non aliud iuris obtineret etiamsi non de herede, sed de singulari aliquo successore quæstio conciperetur. Æquè enim vsucapionem impediret lex Iulia Plautia propter vicium reale quod subest in re vi possessa. At cùm de clandestina vel precaria possessione agitur accommodatissima & germana ratio illa est ob quam heres vsucapere non possit, tametsi vicium ignoret possessionis defuncti, quòd succedat in omnia defuncti iura, ac proinde nec minùs in vicia malámque fidem ipsius, quàm in bonam fidem cùm defunctus bona fide possedit & cœpit vsucapere rem quam heres sciat alienam esse *leg. heres eius 43. D. de vsucap.* Nec alia ratio vlla est quæ adferri possit, Cùm si de singulari aliquo successore tractaretur, nihil obesset vicium authoris quominus vsucapi res posset ab emptore fortassis, quam venditor propter suam malam fidem vsucapere non potuisset *leg. an vicium 8. in princip. D. de diuers. tempor. præscript.* Fuit ergo non solùm conuenientius, sed etiam omnino faciendum vt Papinianus adferret exempla de possessione clandestina, vel precaria, non de violenta. Maximè verò cùm precaria possessio de

Digitized by Google

qua specialiùs tractat, degeneret faciliùs in clandestinam quàm in violentam in persona scilicet heredis, vt ex illo Pauli loco manifestissimè constat, quem nos in superiorem Errorem explicauimus. Quomodo igitur Papinianum emendabimus? Multò probabilius sanè quam Cuiacius fecerit, si pro *illum* reponamus *clam*, & pro *illo* retineamus *ille*, ex lectione Florentina. Loquitur enim Papinianus de defuncto qui sciens alienum, id scilicet quod possidebat [nam & in sequentibus loquitur in neutro genere, cùm ait *tamen vsucapere non poterit, quod defunctus non potuit,*] clam vel precario possedit: Nec sufficiebat locutum esse Papinianum de eo qui sciens alienum possedisset. Nam & qui vi possidet, scit vtique rem alienam esse, nec tamen de tali possessione loqui poterat Papinianus, vt diximus, cùm de iis viciis possessionis tractaret quæ essent personalia, tantùm, non item de iis quæ essent realia. Aliud quoque mendum, sed multò leuius subesse arbitror in *dict. leg. cùm heres*, in postremis illis verbis *cùm exordium ei bonæ fidei ratio non tueatur.* Vulgata editio habet *rei* pro *ei*. Non satis benè. Cùm enim quæritur de vsucapione aut longa possessione, & an heres possit vsucapere, aut longa possessione sibi retinere, quod defunctus non potuit, non tam initium rei, id est negotij gesti & contractus initi inspiciendum est, quàm exordium possessionis, id est tempus traditionis, Siquidem à traditione incipit possessio, Nec aliud quicquam est traditio, quàm datio possessionis *leg. 3. De action. empt. leg. traditio 20. De acquirend. rerum domin.* Et ideò heres eius, qui bona fide rem aliquam emit, vsu non capiet, sciens alienam si modò ipsi possessio tradita sit, quæ nondum fuerat tradita defuncto: At è contrario vsucapionis à defuncto cœptæ continuatio non impeditur per heredis scientiam *dict. leg. heres eius 43. de vsucapion.* Idque est quod Vlpianus ait in *leg. si aliena 10. eod. titul.* Si aliena res bona fide empta sit exigi bonam fidem in emptore, vt vsucapio currat, sed inspecto initio non emptionis at traditionis: Nec aliud in longa possessione iuris est, quam constat non aliter locum habere posse, quàm si ab initio interueniat bona fides, eáque perpetuò duret, *leg. 1. leg. 2. leg. emptor. 9. Codic. de præscription. long. tempor. leg. mora litis 26. Codic. de rei vindicat.* Dices, Quid ergo attinebat Papinianum postquàm de vsucapione locutus fuerat, hoc etiam addere de longa possessione? Quasi verò potuisset quis alioquin credere, fauorabiliorem esse hac parte longi temporis possessionem, quæ tamen ferè in omnibus minùs fauorabilis est, longéque minora habet priuilegia. Respondeo de longa possessione ideò dubitari magis potuisse, non quòd sit fauorabilior, sed quia cùm ius vetus tale esset vt per longi temporis possessionem non rei possessæ dominium acquireretur, sed tantùm præscriptio & exceptio aduersus dominum vindicantem acquireretur, quemadmodum aliis plerisque locis disputauimus & probauimus, facilius videbatur, vt non obstante mala fide defuncti, danda esset heredi exceptio qui semper in bona fide fuisset, quàm vt daretur ei actio & vindicatio dominij, quæ maioris est momenti. Fauorabilior enim semper esse solet retentio quàm persecutio, vt cui persecutio & actio dari non posset, retentio tamen interdum detur.

Digitized by Google

leg 1. D. de pignor. leg. si in area 33. D. de condiction. indeb. leg. heres 21. D. ad SC. Trebellian. Ideóque valde appositè & propriè suo more sic loquitur Papinianus *neque enim rectè defendetur*, vt significet per longam possessionem acquiri duntaxat defensionem & exceptionem, non etiam dominium aut actionem. Cur verò non rectè defendetur heres qui & longo tempore & bona semper fide possedit, si non de vsucapione, sed tantùm de longa possessione quæratur? Nempe quia exordium possessionis bonæ fidei ratio non tueatur. Legendum igitur est *eius* non *ei*, vt dictio illa *eius* referatur ad longam possessionem, non ad personam heredis, ex qua certè sumi ratio nulla posset quæ longæ possessionis defensioni ei aufferre deberet, si exordium possessionis ob malam fidem defuncti viciosum non fuisset. Illud verò mirari quis possit, Cur alio iure censeatur heres illius qui precario rogauit, alio autem heres eius qui precario concessit. Non in hoc solùm vt cùm precarium non transeat in heredem rogantis, transeat tamen ad heredem eius qui concessit etiam ignorantem. *dict. leg. cùm precario 12. §. primo, De precar.* Sed in eo quoque vt heredi concedentis non obstet quod heredem illum esse is qui rogauit, ignoret: Cùm tamen aduersus heredem rogantis non aliter interdicto vti possit is qui concessit quàm si heredem illum esse sciat, vt docuimus in præcedentibus. Sic enim Vlpianus scribit in *dict. leg. quæsitum 8. §. 1. de precar.* Quod à Titio quis precario rogauit, id & ab herede eius precario habere videri. Et adiicit ex Labeone, Etiamsi is qui precario rogauit ignoret heredem, Siue quòd putet eum qui concesserat adhuc viuere, Siue quòd nondum sciat quis heres sit, adhuc tamen videri eum ab herede precariò habere. Dubitandi autem causa ex eo proficiscitur, quod vt mihi interdictum De precario contra te competat non sufficit te precario habere, nisi etiam illud concurrat vt à me habeas, quomodo idem Vlpianus ratiocinatur in *dict. leg. quæsitum in princip.* Atqui non magis fieri potest vt quis precariò habere videatur ab herede quem heredem esse ignorat, quàm vt quis precariò concesserat videatur heredi rogantis concedere quem heredem esse nesciat. Semper enim vtriusque voluntas necessaria est, & consequenter scientia, siue expressim, siue tacitè precarium constituatur, Alioqui nullus ignorantis consensus aut expressus interuenire, aut tacitus subintelligi potest, Rursus quemadmodum in *dict. leg. cùm precario 12. §. primo, D. de precar.* Celsus scribit, Ideo precarium non transire in heredem rogantis, quod non heredi ipsi, sed defuncto concessa possessio fuerat, Ita & videatur dici posse, In heredem concedentis non transire precarium, quia non ab ipso, sed defuncto concessa possessio est. Augetur dubitatio ex eo quod Pomponius scribit in *leg. si adoptauero 16. eodem titul.* Si adoptauero eum qui precario rogauerit, me quoque precario possidere. Nam si precarium transit in adrogatorem, quidni multò magis in heredem accipientis cuius persona longè veriùs censeatur eadem esse cum persona defuncti, quàm persona adrogatoris cum persona adrogati? Quamquam si aliud nihil vrgeret, responderi commodè posset quod Accursius ad eum locum respondet, meliorem esse conditionem adrogatoris quàm heredis, eo demum casu quo adrogatus viuat, qui ipse precario rogauit. Non enim sicut viuentis adrogati pater adrogator, ita hominis

viui

Digitized by Google

viui heres quisquam esse potest *leg. 1. D. pro hered. leg. 1. D. de hered. vel act. vendit.* Nec nouum est vt ex persona filij viuentis pater ius aliquod habeat, quod mortuo filio non haberet, Vt euenit in specie *leg. & heredi 21. D. de pact.* Etsi plus puto, Etiam mortuo filio adrogato qui precario rogauerat, durare tamen precarium in persona adrogatoris, in qua semel consistere cœpit viuo filio. Cur enim filij morte finiatur, quod iam in adrogatorem transiit? Difficilius illud esset, vt quis tentare vellet, *ex dict. leg. & heredi*, Etiam mortuo adrogatore durare precarium in persona heredis si modò filius viueret. Nam si precarium est quid adeò personale, quod non possit transire in heredem ne quidem ab eo, qui ipse rogauit, Quantò minùs admitti potest vt transeat ab eo qui non nisi per mediam filij personam precariò rem habere intelligatur? Quod in pactis diuersum est, quæ licèt personalia transeunt tamen ad heredes paciscentis, qui paciscendo sibi etiam suis heredibus pactus esse creditur *leg. si pactum 9. D. de probat.* Qui autem precario rogat sibi quidem suisque rogasse credendus est, etiamsi nihil de suis dixerit, at non suis heredibus, sed iis demum quos in domo, & familia sua viuus habet. Quæ sententia est *leg. penultim. D. de precar.* Cæterùm neque adrogator videri potest habere precario rem quæ adrogato fuerat concessa, nisi etiam illud concurrat vt & factam adrogationem, & adrogatorem eum esse sciat is qui precario dedit. Quomodo enim alioqui aut ignorans, aut ab ignorante habere quis precario videretur? Illa siquidem concedentis scientia & patientia nouum quodammodo precarium inducit in persona adrogatoris, quod proinde non ipsius filij adrogati, sed solius adrogatoris morte finiri fatendum est. Hoc verò cùm ita sit, eò tandem res paullatim recidet vt nihil intersit inter adrogatorem & heredem. Nam & rogantis heres precariò habere videtur, si is qui precario concesserat defuncto, heredem quoque possessionem illam retinere sciat & patiatur. Neque id Accursius ignorauit, Nisi quod addere debuit, In hoc tamen differentiam manere inter adrogatorem & heredem, quòd adrogator etiamsi ignorante illo qui concesserat manserit in possessione rei quam filius adoptatus acceperit, non ideo tamen clam possidere intelligitur quandiu filius viuit, cùm suo iure id faciat tanquam translatis in eum iuribus omnibus & dominij & possessionis, quæ fuerat penes adrogatum *leg. qui liberis 11. §. testamento D. de honor. poss. secund. tabul.* Nam & precaria possessio nobis acquiri potest per eos quos habemus in potestate cùm ipsi rogauerunt. Adeo vt hoc casu non is qui rogauit conueniri possit de precario, sed is solus qui eum in potestate habet *leg. in rebus 4. §. tenetur D. de precar.* Scilicet si eo mandante vel ratum habente filius aut seruus rogauerit eius nomine non etiam si eo ignorante *leg. si seruus tuus 13. eod.* Nec possit eadem possessio manente precario & precaria esse & clandestina ex parte concedentis, Siquidem precaria per se iusta est, Clandestina verò iniusta: At heres qui mansit in possessione defuncti precaria, ignorante illo qui concesserat, hoc ipso incipit clam possidere, cùm nulla supersit possessio precaria, defuncto iam eo, qui precarium acceperat vt Paulus ait *lib. 5. sentent. tutu. De interdict.* Illa igitur duntaxat superest dubitatio, Cur facilius transeat precarium ad heredem concedentis quàm ad heredem accipientis, cùm sicut heres accipientis nullas preces adhibuisse dici potest, ita neque concedentis heres rogatus vnquam fuisse. Respondendum est meo iudicio, fauorabiliorem esse hac parte causam illius qui heres est concedentis, quia quod ad eum transeat precarium nemi-

Digitized by Google

nem damno adficit, quandoquidem etiamsi aliter ius constitutum esset, non ideo tamen res precaria cederet lucro accipientis, qui semper ad eius restitutionem si non personali aliqua actione, saltem vindicatione teneretur, At non similiter posset ita ius constitui, vt ad heredem accipientis precarium transiret, quin fieret iniuria concedenti qui liberalitatem suam in eum solum qui rogauit, conferre voluit, non etiam ad heredem eius extendere: Mirúmque videri non debet ex sola concedentis voluntate sumi interpretationem eius iuris quod ex sola ipsius liberalitate proficiscatur. Non valde dissimile est, quod in præcedentibus dixi Actiones illas quæ ex delicto proficiscuntur, & pœnales sunt ex parte delinquentis, si tamen ex parte actoris persecutionem rei contineant, transire ad heredem actoris, non etiam in heredem delinquentis. Item quòd quamuis persona heredis instituti Trebelliano senatusconsulto contineatur, hoc tamen iure vtimur vt heredis successor quilibet fideicommissam hereditatem rectè ex eo Senatusconsulto restituat: quæ non similiter bene restitueretur heredi fideicommissarij si fideicommissarius ante agnitum fideicommissum decessisset, Quasi eo casu futurum esset vt non restitueretur hereditas sicuti testator voluerat: quæ res impedit sanè restitutionem & translationem actionum quæ non aliter fieri potest quàm ex Trebelliano *leg. sed et si alio 9. §. vltim. cum l. sequ. leg. apud Iulianum .11. §. vtrum autem. eod. titul. leg. si mulier 59. §. ex asse D. de iur. dot.* De quo fusè scripsimus in secunda Chiliadis huius parte. Sic denique solemus in praxi literas præcisas, & vt pragmatici vocant, executorias, concedere heredibus creditoris inaudito etiam debitore, quas tamen perinde aduersus debitoris heredes inauditos non concederemus. Fieret námque iniuria heredibus debitoris, hoc posteriore casu, quæ nulla debitori fit in priore, vt tractat *Boer. quæst.* 10. & nos in Codice nostro non prætermisimus. Quid enim si ij qui tanquam debitoris heredes conueniuntur negare velint se esse heredes? An non esset iniquissimum interim vrgeri eos ad solutionem tanquam heredes? At debitorem etiam inauditum vrgeri ad solutionem ex instrumento authentico & guarentigiato, quod sententiæ vim obtineat, iniuriosum non est, si modò illi qui vrgent tanquam heredes creditoris, tales sint, qui si velint heredes fieri possint, puta si sint liberi, aut non extantibus liberis vel abstinentibus, agnati vel cognati.

***

ANTO-

Digitized by Google

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS LXXVII.
ERROR I.

De precarij reuocatione.

CVM certissimi iuris sit quod superiore Decade diximus, ex Celso in *l. cùm precario* 12. §. 1. *D. de precar.* precarium transire ad heredem concedentis etiam ignorãtem, Et precarij cuiuslibet eam esse conditionem vt ad nutum, & voluntatem concedentis reuocari possit, Mirum certè est tam multa de precarij reuocatione ab interpretibus nostris disputata esse, quasi de re valde difficili & controuersa. Illud verò imprimis quod Accursius noster scripsit ad *l. quæsitum* 8. §. *quod à Titio eod. tit.* Sola morte concedẽtis reuocatum intelligi precarium, quasi finita per mortẽ ipsius voluntate, Ita vt nouum precarium esse videatur quod ab herede habet is qui defunctum rogauerat. Id enim si ita esset, non transiret precarium ad heredẽ concedentis: quomodo loquitur Celsus *in d.* §. 1. quippe quod morte concedentis finitum esset, quemadmodum dicimus ad heredẽ non transire actiones, quæ illius cui competebant, morte finiuntur *l. aliam* 29. *D. de nouat.* iunct. *l. constitutionib.* 33. *D. de oblig. & act.* Rursus nõ esset verum quod diximus, ignorantiã heredis non facere quominùs ad eum transeat precarium, adeóq; nec ignorantiam rogantis qui fortè nondũ sciat aliquem esse cõcedentis heredem aut quis ille sit: Quod tamen ita esse scriptum est in *dict.* §. *quod à Titio.* Quomodo enim nouum precarium aut ab ignorante, aut ignoranti constitui posset? Ratio autem, qua bonus Accursius mouetur, euidenter mala est. Ait namque, Precarium eatenus duntaxat durare quatenus durat voluntas concedentis *l. 2.* §. 1. *eod.* voluntatem verò finiri morte: quam in rem adferri solet, quamuis ipse non adferat, quod scriptum est in *leg.* 4. *D. locat.* Locationem precariive rogationem sic factam, Quoad is qui locasset dedissétve vellet, morte eius tolli qui

Digitized by Google

sic conuenisset, Non alia vtique de causa, inquiunt nostri, quàm quòd voluntas hominis morte finiatur, Quasi verò ad tollendum precarium quod non eo modo quo *in dict. leg.* 4. sed simpliciter constitutum fuit non requiratur expressa reuocatio & mutatio voluntatis, sufficiátque finiri quoquomodo, id est etiam sola morte voluntatem: Quod certè non ita est. Nam in ea ipsa *leg.* 2. *de precar.* qua monetur Accursius, disertè scriptum est Precarium interdictum ei demum competere qui precarium reuocare velit: & rationem Vlpianus reddit, quòd natura æquum sit tamdiu te mea liberalitate vti quandiu velim. Quæ postrema verba sic haud dubiè accipienda sunt, acsi scriptum esset *quoúsque nolim* etsi non ignoro aliud esse nolle, aliud verò non velle: statim namque sequitur *& vt possim reuocare cùm mutauero voluntatem.* Ne dubitari possit, Precarium simpliciter constitutum non aliter finiri posse quàm si reuocetur, nec aliter reuocari quàm si expressa voluntatis mutatio intercedat. Atqui nemo dixerit sola concedentis morte mutari voluntatem, quamuis finiatur. Aliud enim est mutari voluntatem, aliud finiri. Finitur omnis voluntas quæ mutatur, sed non è conuerso mutatur omnis quæ finitur. Ergo quamuis voluntas ipsa finiatur morte, non ideò tamen consequens est vt precarium simpliciter constitutum quod non nisi expressa reuocatione tollitur, sola concedentis morte finiatur. Ideo autem loquor de precario simpliciter constituto, vt excludam precarij speciem illam, de qua *in dict. leg.* 4. *locat.* cùm quis precario rem aliquam dedit cum huiusmodi adiectione *quoad is qui dedisset, vellet.* Hoc enim casu apparet ex ineundæ conuentionis ratione quæ semper spectanda est, eam precario naturam ab initio esse inditam, vt quandocunque & quomodocunque voluntatem finiri contingeret, ipsum quoque precarium finiretur, nec vlla in eam rem reuocatio & mutatio voluntatis exigeretur: & idcirco tale precarium sola concedentis morte finiri nollique mirum non est: nec transire ad heredem, licèt reuocatio nulla interuenerit. Quare non immeritò Accursius à cæteris penè omnibus hac in re notatus, & reprehensus fuit: vt testatur Didac. Couarr. *libr.* 3. *variar. resolut. cap.* 15. *numer.* 1. Idem tamen *ibidem numer.* 4. *ad fin.* parùm subtiliter meo iudicio distinguit, An lex ipsa dicat precarium manere firmum ad voluntatem concedentis, & donec ipse noluerit, An id expressim à concedente additum concessioni fuerit, vt priore casu precarium morte concedentis minimè finitum sit, Posteriore verò casu absque vlla reuocatione heredis sola constituentis morte pereat. Credo vt conciliaret *dict. leg.* 2. *§.* 1. *de precar.* in illis verbis *tamdiu te liberalitate mea vti quandiu ego velim* cum *dict. leg.* 4. *locat.* Non animaduertens Vlpianum *in dict. leg.* 2. non sic scribere vt dicat negatiuè, Non debere te mea liberalitate vti, nisi quandiu velim, & donec ego voluerim, sed affirmatiuè, Natura æquum esse tamdiu te liberalitate mea vti quandiu ego velim: Quæ oratio sicuti verissima est, ita nihil prorsus habet absurdi aut incommodi. Nisi quatenus ex ea inferre à contrario sensu quis velit, quod inferri posse supposuit Didacus, Non igitur natura æquum esse vt liberalitate mea vtaris, nisi donec ego velim. Et tamen quasi hoc præsentiens Vlpianus ac ne quis ita inferret, non contentus dixisse paullo antè, Interdictum de precario non competere nisi volenti reuocare precarium, subiicit statim *& vt possim reuocare cùm mutauero voluntatem.* Ita significans natura æquum esse vt duret precarium, non quandiu duntaxat voluntas durat, sed quoúsque reuocatum sit: non tamen.

tamen post reuocationem. Cæterùm si qua lex esset, quæ diceret Precarium simpliciter constitutum ita accipiendum esse vt *quoad concedens vellet* constitutum intelligeretur, non aliam sanè interpretationem posset lex illa recipere, quàm vt finita quoquomodo voluntate, quod per mortem contingit, precarium quoque finitum esse diceretur, Eundúmque necessariò esset in sententiam Accursij quam refutauimus, indistinctè defendentis morte illius qui precario concessit, precarium finiri. Nec illa rursum subtilior aut verior nostrorum distinctio est, An precarium ab initio validum sit & perfectum, An verò condicionem eam habeat vt perseueret ad libitum & voluntatem concedentis & donec ipse voluerit. Quam distinctionẽ idem Didac. refert & probat *nu.3.* Nã hoc posteriore casu non minùs validum ab initio & perfectũ precarium est quàm priore, Nec condicione vlla suspensum intelligi potest, sed eius finis tantùm collatus in finem voluntatis eius qui concessit, vt eo demum casu & tempore finiatur, quo voluntas ipsa finietur, ne alioqui precarium certo fine determinatum, vlterius contra sententiam & voluntatem concedentis porrigatur. Exemplo eius quod Papinianus in alia licèt specie scribit *in l. Imperator. 8. in fi. D. de postul.* Illa igitur sola distinctio admittenda est, An precarium simpliciter constitutum sit, nulla neque voluntatis neque reuocationis mentione facta, An verò ita vt eius constitutio & duratio expressim relata sit ad durationem voluntatis. Priore casu id obtinet quod diximus, Necessariam esse reuocationem & mutationem voluntatis expressam ad finiendum precarium, Posteriore verò sufficit in eam rem sola mors concedentis. An verò etiam furor vel amentia? Minimè. His enim modis voluntas non tam finitur quàm sopitur ne mutari possit, ideóque potiùs confirmatur, quàm extinguitur *cap. maiores §. vltim. extr. de baptism. leg. si is qui animo 27. D. de acquir. poss. leg. numquam 31. §. si seruus D. de vsucap.* Nec tamen confirmatur irreuocabiliter, quia quandiu amẽs vel furiosus viuit potest fieri vt resipiscat, & voluntatem, vt ita dicam, recuperet, quàm per amentiam & furorem amisisse videbatur, Cùm tamen à morte ad vitam, id est à priuatione ad habitum non fit regressus, ne spe quidem. Obstare tamen videtur, quod Vlpianus hos casus furoris & mortis æquiparat, tùm quoque cùm tractat de precario *in leg. certè 6. in princip.* iunct. *l. praeced. ill. tit. De precar.* vbi ex Marcello scribit, Si is qui precario ad tempus certum rogauerat, præterita iam die iterum roget, propius quidem esse, vt soluta iam causa precarij non redintegretur, sed noua constituatur, quemadmodum Pomponius in præcedente lege scripserat, sed tamen si dominus interim furere cœperit, vel decesserit, fieri non posse vt precarium redintegretur. Nihil igitur distare Vlpianus aut Marcellus credidit, an is qui precariò rem aliquam concesserat, furere cœperit, an decesserit. Et sanè ita est in ea specie quam Vlpianus eo loco tractat, id est cùm de redintegrando precario agitur, quod constitutum ad tempus, finito tempore finitum sit. Nam cùm redintegrari non possit sine noua voluntate, nec magis furiosi vel amentis quàm mortui voluntas vlla sit, adeo vt nec sentire intelligatur, quod hominis verè mortui proprium est *leg. si tibi 8. §. vnius hominis De opt. locat.* fieri certè nequit vt ab amente vel furioso non magis quàm à mortuo redintegretur precarium quod semel quoquomodo finitum est. At si agatur non de redintegrando, sed de finiendo precario quod ex fine voluntatis finem accipere debeat, non eadem furiosi vel amentis quæ mortui ratio esse poterit. Furiosus enim est amens quandiu viuit voluntatem semper retinet, licèt vsum eius nullum habeat, quan-

Digitized by Google

diu furor vel amentia durat, habiturus tamen si quando resipiscere eum continget, quod tametsi in dubio euentu positum sit, sperari tamen potest. Idcirco superueniens furor non potest extinguere precarium, Non solum quod ab initio sic constitutum est simpliciter vt reuocatione ac mutatione voluntatis opus sit ad illud finiendum, sed etiam si ponas ita constitutum, vt precariò res haberetur quoad vellet is qui dedisset, vt *in dict. leg.* 4. *D. locat.* quia non desinit velle qui fit amens vel furiosus: Quinimo tanto magis adhuc velle dicendus est, quod nondum potest nolle, cùm tamen fieri adhuc possit vt vel nolit posteà vel expressim velit, Scilicet in casum resipiscentiæ quorum neutrum de homine iam mortuo dici potest. Atqui, inquies, tractat Vlpianus *in dict. leg. certè*, de eo qui furere cœperit ante finitum precarium. Quis ergo locus relinquebatur quæstioni de redintegrando precario si ius tale est, quale diximus, vt constitutum necdum finitum antè furorem precarium, finiri postea durante furore non possit. Respondeo tractare Vlpianum de precario ad certum tempus constituto, quod proinde finem accipere potuerit & debuerit à solo lapsu temporis, non etiam à fine voluntatis. Ob idque verissimum esse vtrunque quod Vlpianus ait, & finiri precarium huiusmodi, etiam durante furore. Et tamen non eo magis redintegrari posse, quia vt finiatur solo tempore nulla siue continuatio, siue mutatio voluntatis requiritur, quæ tamen omnino necessaria est vt finitum etiam solo tempore precarium redintegretur.

ERROR SECVNDVS.

De precario ad certum tempus constituto.

MOVENT nos quæ proximè diximus, vt de precario ad certum tempus constituto aliquid subiiciamus. Est enim tractatus satis difficilis, nec ab interpretibus nostris duntaxat, sed ab ipso etiam Triboniano, vt docebimus, malè acceptus. Sunt qui putent in eo maximè differre precarium à commodato, quod commodatum fiat ad certum vsum & ad certum tempus, Precarium verò nec ad certum vsum, nec ad certum tempus, Indéque fieri vt ante tempus præstitutum reuocari commodatum non possit, Precarium autem liberè, ac pro concedentis arbitrio possit. Quam sententiam primus Bartolus induxit ad *leg. in commodato* 17. *§. sicut autem D. commodat.* Apertissimè contra omnes illos iuris nostri locos qui tractant de precario ad certum tempus constituto *leg. in rebus* 4. *§. vltim. leg.* 5. *&* 6. *in princip. leg. quæsitum* 8. *§. penult. leg. cum precario* 12. *in princip. D. de precar.* Etsi autem hanc Bartoli sententiam euidenter falsam interpretes cæteri obseruarunt, inter quos Panorm. & Imol. *ad cap. vltim. De peecar.* quos refert & sequitur Didacus Couarr. *lib.* 3. *Var. resolut. cap.* 15. *numer.* 7. Nihilo tamen melius illi differentiam inter commodatum & precarium in eo constituunt, quod commodatum detur ad certum & determinatum vsum, qui quidem vsus expresè vel tacitè habeat certum tempus intra quod reuocari commodatum non possit. Precarium autem detur ad vsum indefinitum, & indeterminatum, ita quidem

Digitized by Google

dem vt licèt detur ad certum vsum, is tamen indeterminatus & incertus censeatur ex eo, quod nec tacitè nec expressim habeat tempus certum. Verba sunt Didaci loco supradicto. Ex *leg. 2. Cod. de commod. & ex dict. §. sicut cum ibi notat.* Nam quod ad commodatum pertinet, equidem verum est fieri id debere, vel ad certum vsum & determinatum, qui vel expresse vel tacitè certum tempus admixtum habeat, vel ad certum tempus expressum. Sed non, vt isti putant, ad certum & determinatum vsum. Quid enim vetat me tibi commodare equum, ad certum vsque tempus, nullo tamen certo vsu præscripto? An eo minùs erit commodatum quod non adiecerim, commodatum tibi à me equum vt Romam ires? Imò perinde commodatum erit, acsi hoc ipsum expressissem in commodato vt Romam ires, nullo adiecto tempore. Sicut enim sufficit inesse commodato certum vsum, ex quo possit colligi certum tempus quod eidem commodato inesse debeat, quemadmodum euenit cùm quis certo loco soluturum se promisit, nec tempus vllum adiecit *leg. continuus* 137. *§. cùm ita. De verbor. obligat. leg. 2. §. 1. D. de eo quod cert. loc.* Ita & sufficit expressum esse in commodato certum tempus etiam nullo vsu expresso, vt tantò laxiorem habeat commodatarius potestatem vtendi re commodata. Est námque hoc genus commodati multò vtilius commodatario, qui etiam postquàm re commodata ad aliquid vsus est, eam tamen adhuc retinere potest, & ad alios vsus quandiu tempora commodato præstituta largiuntur, Cùm è contrario si ad certum & determinatum vsum accepisset commodatum, nullo præfixo tempore, cogendus esset statim finito vsu rem restituere, nec ad alios vsus commodatum retinere posset, quin hoc ipso furtum fecisse diceretur *leg. qui iumenta* 40. *D. de furt. §. furtum autem Institut. de oblig. at. quæ ex delict. nascunt.* Quomodo euenit & in eo qui siue contra, siue præter domini voluntatem vtitur re deposita, vel oppignerata *leg. 3. Cod. depos. leg si pignore* 54. *D. de furt.* Quod verò ad precarium spectat, Non possum videre vnde nostri colligant non posse illud fieri ad certum vsum & determinatum. Nam si me precariò rogaueris vt per fundum meum ire vel agere tibi liceat velut in tectum, vel in aream ædium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas, An non certus & determinatus vsus est precarij? Et tamen valere precarium huiusmodi scriptum est *in leg. 3. D. de precar.* Quemadmodum valeret etiam haud dubiè si precario darem tibi equum vt Romam ires, Alioqui quid dicemus, An commodatum hoc esse quod vterque nostrûm voluit esse precarium? An potius nihil actum esse, vt impediatur mea liberalitas ob hoc solùm quod ad nutum meum sit reuocabilis, quamuis fieri potuerit, vt non nisi post longum tempus à me reuocaretur. Atqui stultum esset hoc dicere. Non enim liberalitatem ab initio inutilem facere illud debet quod aliquo casu possit ex euentu esse inutilis, si modò casum aliquem vtilem habere possit *leg. heres* 21. *§. penultim. D. de fideiussor. leg. Stichus* 39. *in fin. D. de manumiss. testament.* Nec eo minùs tamen liberum mihi esset precarium hoc quandocunque reuocare, priùs etiam quàm iter confecisses, Et quidem citra fraudem & iniuriam, cùm tu ea lege precarium non modò accepisses, verùm etiam rogasses à me, qui non aliter fui concessurus. In quo non possum facere quin eos reprehendam, qui cùm fateantur precarij naturam & condicionem illam esse vt liberè reuocari quandocumque possit, nolunt tamen eam reuocationem posse tam citò & ita promptè

Digitized by Google

fieri vt prorsus omni vsu & commodo priuet illum cui precarium concessum est, imò potiùs damno eum afficiat, Quasi obstare hoc casu debeat exceptio doli aduersus reuocantem, quòd ea concessio, inquiunt, beneficium sit, quo iuuari accipientem non decipi oporteat *dict. l. in commodato §. sicut D. commod.* Ex quo inferunt, Inesse omni precario spatium aliquod vtẽdi re precario concessa, eámque reddendi arbitrio iudicis, qui non nisi ex iusta causa statim eam reuocationem permissam esse censere debeat, vt post Panormit. Alex. Purpur. Curt. iunior. & alios tractat Didac. *dict. cap. 15. num. 6.* Sanè quàm improbabiliter. Etsi enim vtrumque verum est, & precarium esse beneficium cùm ad causam donationis proximè accedat *leg. interdictum* 14. *D. de precar.* Et beneficio iuuari eum qui accipit, non decipi oportere *dict. §. sicut*, Non tamen deceptus dici potest qui ea lege beneficium rogauit ab eo, à quo non aliter fuerat impetraturus. Quotus enim quisque est, qui precario rogare velit eam rem quam ex commodato si mallet habere posset? Itaque à seipso potiùs quàm ab alio decipitur, qui precario rogat rem quam suspicari possit aut debeat protinùs repetiturum eum, qui concessit, Proinde non tam de concedente quàm de seipso queri debet *arg. leg. nam si actor 26. D. de rei vindicat.* quia hoc euenire posse debuit prospicere *leg. si quis domum 9. §. inde quæritur D. locat.* Vt nec ferè alio vllo casu potest is qui rem accepit ex liberalitate dicere se deceptum à donante *leg. ad res donatas 62. de ædilit. edict.* Nisi cùm donator alienam rem quasi suam dolo malo donauit *leg. 1. Cod. de iur. dot.* Aut inito aliter fraudis consilio, vt *in d. l. ad res donatas in fin.* Estque id multò tolerabilius in persona accipientis cui potest aliquid imputari, quàm si ea fieret iniuria concedenti vt inuito eo rem posset retinere is qui accepisset. Nihil enim est quod possis imputare concedenti, Ne hoc quidem cur roganti concesserit cùm possit respondere, se quidem concessisse, sed precario, vt accipiens intelligeret saluam manere concedenti, & liberam reuocandi pro arbitrio quandocúnque precarij facultatem. Hoc enim est quod ait Vlp. *in l. 2. §. 1. D. de precar.* Natura æquum esse vt & tu liberalitate mea vtaris quandiu velim, & vt possim reuocare cùm mutauero voluntatem. Itémque quod scriptum est *in dict. leg. cùm precario 12. eod.* Nullam esse vim huius conuentionis vt rem alienam inuito domino liceat possidere. Longéque alia ratio est commodati propter mutuas præstationes quæ ex eo nascuntur, & quæ faciunt vt quod ab initio fuit meræ liberalitatis transeat in necessitatem obligationis *dict. §. sicut.* Cùm tamen precarium etiam posteà quàm simpliciter constitutum est pendeat ex nuda continuáque liberalitate concedentis *dict. l. 2. §. 1. leg. quæsitum 8. §. eum quoque. De precar.* Nec simile est quod adducit Didacus ex Bartolo *ad leg. si pœnam. De verbor. oblig.* Mutuum alicui præstitum nullo definito tempore reddendi non posse statim peti, sed tantùm post tempus aliquod arbitrio boni viri æstimandum. In mutuo enim ita ius est, non tantùm quia mutuum contractus est, sicut & commodatum, non item precarium, Sed etiam quia cùm mutuum ex eo dictum sit quod de meo fiat tuum *leg. 2. §. appellata D. de reb. credit.* certum esset non alienatos dici posse nummos qui sic darentur, vt statim reciperentur *leg. qui sic soluit 55. D. de solut.* Quòd si tum quoque alienati censerẽtur, hoc ipso cessaret in iis ratio quæ liberam concedenti relinquit precarij reuocandi facultatem, Nimirùm quod æquum non sit te vti mea liberalitate postquàm reuocauero eam, & mutauero voluntatem. Qui enim mutuam pecuniam retinet etiam eo tempore quo eam reddere iam debeat, non alienam, sed suam retinet, ideóque nullam domino

facit

Digitized by Google

facit iniuriam, cùm dominus ipse sit. Iam verò quod iidem interpretes nostri volunt, Precarium non alia de causa liberè posse reuocari, quàm quia licèt detur ad certum vsum, is tamen vsus indeterminatus & incertus censeatur ex eo quod nec tacitè nec expressim habeat tempus certum, Ego planè cuiusmodi sit, aut quam rationem habeat non possum intelligere. Nã præter id quod nihil vetat, vt iam diximus, dare me tibi precario equum, vt Romam eas, Largiamur interpretibus quod volunt, ita constitui precarium non posse, Dummodo vicissim illi nobis hoc donent, vt ex hypothesi & suppositione fingamus saltem id fieri posse, quomodo etiam à philosophis inter disputandum finguntur passim impossibilia & supponũtur. Quæro an eo casu futurum sit vt ob certum illud tempus quod inerit precario constituto ad certum & determinatum vsum, reuocari precarium non possit. Si admittent, quod admittendum necessariò est, non eo minùs mansurum reuocabile, Fateantur ergo necesse est bonam non esse rationem illam, propter quam volunt precarium liberè posse reuocari quod nullum tempus certum expresè vel tacitè adnexum habeat ex certo & determinato vsu, quomodo habet commodatum. Sin negabũt, Quæro ab iis cur maiorem vim esse velint taciti illius temporis quod ponimus inesse precario, quàm eius quod expressim adiectum proponeretur? Iam enim euicimus vel ex ipsorum confessione, tótque legibus suprà citatis, Posse precarium constitui ad certum tempus, nec ob id tamen prohiberi eum qui concessit quominùs reuocet pro arbitrio etiam priùs quàm præterierit tempus. Non nego plerunque contingere vt par sit vis taciti & expressi, sed vt maior esse debeat, non puto dici, aut admitti posse. Cùm igitur pro certo habeamus adiectionem certi temporis non impedire quominùs precarium etiam intra illud tempus sit reuocabile. Quid, obsecro, attinet quærere, An vsus ille certus & determinatus ad quem constitutum est precarium habeat tacitè vel expressim tempus aliquod certum, an non habeat? Aut quomodo potest ex tacito illo tempore sumi ratio quæ faciat vt precariũ quodlibet sit reuocabile pro arbitrio concedentis? Dicendum igitur est totam differentiam quanta est inter commodatum & precarium ex eo proficisci quòd cõmodatum contractus est, & quidem vltro citróque obligatorius *d. § sicut.* Precarium verò nihil nisi liberalitas est, propiúsque accedit ad donationis quàm ad negotij contracti causam. *d. l. interdictum.* 14. *D. de precar.* Inde namque fit, vt commodatum non nisi certa lege certóque tempore reuocari possit, Scilicet impediente reuocationem obligatione quæ ex commodantis parte contracta est non minus quàm ex parte commodatarij. Precarium autem pro concedentis arbitrio reuocari possit, siue simpliciter factum sit, siue ad tẽpus aut certum, aut incertum, quia is qui precario concedit, nullatenus obligatur. Esset verò alicuius obligationis in necessarium antecedens præuiæ effectus ille, vt precarij reuocatio ante certum tempus impediretur. Quod cùm ita sit illud tantùm explicandũ superest quod nemo explicat, Quid ergo prosit adiici precario certũ tempus si non potest facere adiectio temporis, quin possit precarium etiam priùs quàm tempus illud præterierit pro concedentis arbitrio reuocari? Alterutrum enim necessariò admittendum esse videtur, vt vel inutilis sit adiectio illa temporis quod tamen dici certè non potest, Vel effectum illum habere debeat, vt ante tempus illud elapsum impediat precarij reuocationem. Sed respondendum est quod ex iis quæ iam diximus satis intelligitur, Non impediri precarij reuocationem huiusmodi adiectione temporis, quia non in fauorem accipientis, sed in gratiam solius concedentis adiectum intelligitur, Nimirum

Digitized by Google

vt eo saltem tempore finiatur ipso iure ipsóque facto precarium, ita vt nulla sit opus reuocatione ac voluntatis mutatione quę alioqui esset omnino necessaria, Non etiam vt prohibeatur is qui concessit, reuocare si malit eo modo finiri precarium quàm expectato tempore quo alioqui finiretur citra reuocationem. Nam cùm is qui precariò dedit nullomodo ex sua concessione & liberalitate obligetur, non potest adiectio temporis ei nocere, sed prodesse potiùs, vt ab initio is qui rogat, intelligat ita constitui precarium, vt ad illud finiendum non sit futura necessaria reuocatio, Si non ante tempus illud reuocare concedens volet, Vtque præuideat futurum vt elapso eo tempore noua indigeat concessione ad redintegrandum precarium si non ante præteritum tempus fuerit prorogatum *dict. leg. 4. §. vltim. & leg. 5. D. de precar.* In commodato diuersa sunt omnia. Nam tempus quod in eo adiicitur, etsi ipsius quoque commodantis gratia adiectum videri debet, vt post tempus illud possit agere commodati ad vrgendam rei commodatæ restitutionem, Attamen commodatarij quoque causa procul dubio adiicitur, ne interim vrgeri & inquietari possit, quia ex commodato, cùm sit contractus, vltro citróque obligatorius, vt diximus, præstationes & obligationes mutuæ nascuntur, non item ex precario. Inde est quod si is qui rem aliquam ad certum tempus precario concesserat, ante tempus illud furere cœperit, perinde tamen finitur precarium tempore, nec furor in eam rem impedimento est, qui tamen impedit ne aliter finiri precarium possit, hoc est per reuocationem & mutationem expressam voluntatis. Quomodo impedit etiam ne finitum tempore precarium postea durante furore redintegretur, *dict. leg. certè 6. in princip. eod. tit.*

ERROR TERTIVS.

De sententia l. cùm precario 12. D. de precar.

HIS tamen quæ modò diximus, valde obstare videtur, quod scriptum legimus ex Celso *in dict. leg. cùm precario 12. in princip. D. de precar.* Cùm precariò aliquid datur si conuenerit, vt in Calendas Iulias precario possideat, & quæratur an exceptione adiuuandus sit ne antè possessio ei auferatur, Nullam esse vim huius conuentionis, vt rem alienam inuito domino possidere liceat. Quid enim scribi apertiùs potuit, vt intelligeremus Precario ad certum tempus constituto non aliam esse potestatem huius conuentionis, quàm vti ne ante illud tempus possit reuocari precarium, ob idque nullius momenti esse talem conuentionem. Atqui nos vtrumque negamus qui defendimus & valere huiusmodi conuentionem, & ea subsistente nihilominùs manere precarium reuocabile, quòd solius concedentis non etiam rogantis & accipiẽtis gratia tempus precario adiectum intelligatur. Nec sanè dissimulo quin locus ille Celsi semper mihi suspectus visus sit, siue verba textus perpẽdamus, siue loquendi formulam, siue denique sententiam & rationem sententię ea formula expressę. Nam quod ad verba pertinet, illud omnino inconcinnum est, quod textus loquitur in tertia persona de eo qui precario possideat, & an exceptione adiuuandus sit, cùm tamen in præcedentibus nihil sit quod ad tertiam magis quàm ad primam, aut ad secundam

cundam personam referri possit, Quamquam hoc parum est. Si enim aliud nihil vrgeret, dicerem, quod certè dicendum arbitror subesse mendum in primis illis verbis *cùm precario aliquid datur*, legendúmque esse *cùm precario alicui quid datur*. Nato errore ex eo quod librarij Florentini mos est scribere *Qui* aut *Quoi* pro *cui*, & similiter *aliQui* aut *aliQuoi* pro *alicui*. Itémque seu el tantum scribere & explanare literas quæ sunt repetendæ, siue ad eandem dictionem pertineant, siue ad subsequentem: Quomodo in proposito *aliQui Datur* scribi potuit pro eo quod pluribus literis explanari poterat in hunc modum *alicui quid datur*, Quo admisso conueniunt optimè quæ sequuntur in tertia persona eius qui accepit precario, *si conuenit vt in Calendas Iulias precario possideat*, Ille scilicet cui aliquid precario datum fuisse diximus: Deinde quod additur *numquid exceptione adiuuandus est*, Et rursum *ne antè possessio ei auferatur*. Sed magis me turbat, quod post propositam speciem illam de precario in Calendas Iulias dato, quæstionem ita conceptam video, Numquid exceptione sit adiuuandus is qui precario rem accepit, ne possessio ei prius auferatur quàm Calendæ Iuliæ & venerint & præterierint. Quæstio enim hæc supponit pro vero quod falsissimum est, Cùm precario tempus aliquod certum adiicitur, fieri adiectionem illam in fauorem accipientis, quæ tamen, vt probauimus in præcedentibus, fit in gratiam solius concedentis, Nam si ponas Celsum non ignorasse quod prudentes cæteri omnes sciebant, nullam ex precarij concessione obligationem nasci aduersus concedentem, idcóque non quemadmodum in commodato, ita & in precario intelligi posse adiectum tempus fauore accipientis, Quænam obsecro dubitandi causa esse poterat pro eo, qui rem precario in certum vsque tempus accepisset, An exceptione pacti & temporis adiuuandus esset, ne precarium interim reuocari posset? Inauditum siquidem est vt propter temporis adiectionem detur pacti exceptio alij, quàm ei cuius gratia tempus adiectum fuit: Quod vnum semper inspicere prudentes solent quoties disputant de adiecti certi temporis potestate ac interpretatione, Vt in *leg.3.in §.cum Polydius.D.de vsur.leg. si ita relictum 43. §. Pegasus de legat. 2. leg. stipulatio ista 38. §.inter incertam D.de verbor. obligation. leg. quod certa die 70. D.de solut.leg. Iauolenus 15. alias leg. eum qui De ann.leg.* Et rursus, Pacti exceptio præsupponit aliquam obligationem præcedentem quæ per adiectionem temporis ipso iure finiri non potuerit *leg.obligationum ferè 44.§.placet D.de obligat. & action.* Iam autem diximus id, de quo nemo dubitat, obligationem nullam ex precario nasci ex parte concedentis, Addebam aliquando rationem aliam ex eo sumptam, quòd cùm inspecto iure vetere interdicta non per formulas & actiones, sed cognitione prætoria expedirentur, Prætore ipso interdicente, & de iure possessionis inter litigatores cognoscente, inconueniens videbatur tractare de exceptione aliqua aduersus interdictum danda, siquidem exceptionum vsus præcipuus erat in formulis ad elidendam actionē si condicio quæ nihil aliud erat, quàm exceptio posita in formula, ex facto probaretur. Verùm ne ratio hæc mihi nunc probari possit, illud facit quod video interdicta omnia si effectum rei magis quàm experiendi ritum & formam inspicias, proximè accedere ad actiones, Adeo vt etiam actionis nomine generaliùs sumpto contineantur *l.actionis 37.eod.tit.De oblig.& action.* Quidni ergo etiam aduersus eum qui interdicto experitur locus erit exceptioni si quæ sit quæ ex æquitate competere debeat? Non quidem vt concedatur per viam formulæ, sed vt apud cognitionem Prætoris prosit excipienti ad impediendam

Digitized by Google

vim & poteſtatem interdicti. Vt in *leg.3.§.ſed ſi permiſerit & ſeq.leg. ſi alius 7. §. belliſsimè & §.eſt & alia exceptio. D.quod vi aut clam.* Differentia tantùm in eo eſt, ni fallor, inter exceptiones quæ aduerſus actionem, & eas quæ contra interdictum obiiciuntur, quod contra interdictum opponuntur tantùm ab eo qui conuenitur, Nec dicuntur poni quomodo illæ quæ contra actiones proponuntur, quæ ſcilicet ponuntur à Prætore in formula dictandæ actionis, Vnde eſt quod iuris authores ita ſæpe loquuntur, non ſolùm vt dicant oppoſitam eſſe doli exceptionem, ſed vt dicant poſitam eſſe, vt *in leg. aut ſi antè 30. D. de rei vindic.* vbi latiùs hoc explicauimus in Rationalibus. Cùm enim nullus in exercendis interdictis formularum vſus ſit, vtique nihil eſt in quo poſſit Prætor exceptionem ponere, Sed tamen ſicut ipſe de facto & iure poſſeſſionis cognoſcit, ita & oppoſitam ab eo qui conuenitur exceptionem admittit, ſi talem eſſe videat, quam ex æquitate admittendam putet, Neque tantùm hoc nomine inter ſe differunt iſtæ exceptiones, ſed etiam effectu ipſo & poteſtate. Siquidem exceptiones quæ actionibus obiiciuntur non eum habent effectum vt actio quæ per exceptionem eliditur, nunquam competiiſſe exiſtimetur. Quinimò ſupponit exceptio competentem actionem cùm nihil aliud ſit quàm actionis excluſio *l. 2. D. de except.* Actionis nimirum competentis. Quæ enim nullomodo competit, ea excludi nullomodo poteſt, Cùm non entis neque potentiæ vllæ ſint, neque qualitates. Longéque aliud eſt ſi quis agat ſine actione quod iuris ratio non patitur *l. ſi pupill. 6. §. vlt. De negot. geſt. leg. quoties 9. §. & generaliter D. de admin. tutor.* Aliud verò ſi quis ab actione propoſita & competente ſummoueatur per exceptionem. Primo enim caſu vincit reus per non ius actoris licet nihil ipſe præſtiterit, vt *in leg. 4. C. de edend. leg. vlt. C. de rei vindic.* Poſteriore verò vincit reus iure ſuo & proprio qui condemnandus fuiſſet ſi exceptionem nullam habuiſſet *l. qui liberis 11. §. teſtamento in fin. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Quamuis inſpecto commodo & emolumento parum interſit an quis nullam actionem ipſo iure habeat, an verò eam habeat, quæ per exceptionem elidi poſſit, vt habet iuris regula, de qua *in l. nihil intereſt 112. de reg. iur.* Hoc enim caſu actio quamuis competens ſit inutilis propter exceptionem, Sicut & aliquando propter debitoris etiam condemnati aut condemnandi egeſtatem *l. nam is nullam 6. D. de dolo.* At exceptiones quæ contra interdictum opponuntur quoties tam iuſtæ ſunt, vt admitti debeant, vim & poteſtatem illam habent, vt faciant ne interdicto locus vllus eſſe videatur. Quaſi contra ſenſum & mentem Prætoris atque edicti perpetui futurum illud eſſet, vt in ea ſpecie quæ talem exceptionem admittit, interdictum exerceretur. Quemadmodum enim ſolemus dicere cùm de actionum formulis ex vetere iudiciorum ritu diſputamus, Doli exceptiones ineſſe ipſo iure bonæ fidei iudiciis propter verba illa quæ addi ſolebant in formula *ex bona fide* tametſi nullam exceptionem Prætor in formula poſuiſſet, Nempe quòd ſufficeret factam à Prætore poteſtatem iudici cognoſcendi & pronunciandi ex bono & æquo, Ita & in cauſa interdictorum de quibus Prætor ſolus cognoſcit, & pronunciat, nihil aliud inquirere Prætorem aut pronunciare oportet, niſi an locus ſit interdicto necne: Quod ipſum æſtimat ille vt debet ex iis quæ à litigatoribus in vtranque partem diſputantur, nec minùs ex iis quæ ab eo qui conuenitur, quàm ex iis quæ ab actore adferuntur, ſi actor ille propriè dici poteſt qui interdicto experitur. Quid enim eſſet ſtultius quàm interdictum dare actori quem ſubinde ob exceptionē ab aduerſario oppoſitā debeat Prætor repellere? Quod in actionibus & formulis longè diuerſum eſt, in quibus alius eſt qui dat actio-

nem

Digitized by Google

nem & formulam, is est Prætor, Alius verò qui actorem summouet & repellit, Is est iudex datus. Ex his porrò differentiis rursum moueor, vt Triboniani manũ & inscitiam mihi videar agnoscere *in d.l. cùm precariò* in illis verbis *nũquid exceptione adiuuãdus est*. A quo enim adiuuari posset nisi à Prætore hic qui precario rem accepit? Quomodo autem iuuabit eum prętor nisi data ei exceptione. Sic enim dicimus in exceptionibus quæ aduersus actiones opponuntur adiuuari per eas reum vt actio elidatur ex qua reus alioquin condemnaretur. Atqui diximus exceptiones aduersus interdicta non dari à Prætore sed admitti: Non igitur Celsi potest esse quod scriptum est *in dict.l. cùm precariò*, Exceptione adiuuandum esse eum qui precariò accepit: Proinde adscribendum necessariò est Triboniano, vt & alia quæ scripta sunt *in dict.leg.7. §.bellissimè & §.seq. quod vi aut clam*, quemadmodum sequenti capite docebimus. Sed & Triboniani manum illud prodit, quod vt opinioni suæ viam patefaciat proponit quæstionem per interrogationem, Et quidem per dictionem *numquid*, quæ loquendi formula familiarior certè est Triboniano quàm prudentibus. Sed eiusdem inscitiam illud omnium apertissimè detegit quod ad propositam quæstionem respondet his verbis *sed nulla vis est huius conuentionis vt rem alienam inuito domino possiderè liceat*. Primum enim falsum illud est non valere conuentionem de qua in dicta lege quæritur, Vt in Calendas Iulias res concessa precariò possideatur, Valet siquidem, vt probant supradicti omnes iuris loci qui volunt precarium ad certum tempus concedi posse. Deinde falsum etiam est huius conuentionis eam esse vim vt qui precario rem accepit in certum vsque tempus possit illam inuito domino possidere & retinere quousque tempus illud præterierit. Tantùm enim abest vt ea conuentio fiat fauore accipientis, vt è contrario non respiciat nisi fauorem concedentis: Vt intelligat is qui precario rogat non nisi ad illud vsque tempus precarium duraturum, & posteà fore vt noua indigeat, siue expressa, siue tacita concedentis voluntate, vt precarium vel prorogetur vel redintegretur *leg.4.§.vltim.leg.5.& 6.in princip. eodem titul.* Debuerat igitur quisquis ille fuit qui supradicta verba adscripsit, ita scribere potiùs *sed non illa vis est*, non quomodo scriptum legimus *sed nulla vis est*, atque ita legendum ibi esse arbitramur. Nam etiamsi maximè verum hoc esset nullam esse vim huius conuentionis per quam fiat vt possit quis inuito domino rem aliquam retinere, Non ideò tamen consequens esset, minimè valere conuentionem per quam res aliqua in certum vsque tempus precariò concessa esset, Quippe quæ longè aliam haberet interpretationem. Eam nimirum, quam proximè diximus. Quid? quod nec verba illa rectum sensum habent *vt rem alienam inuito domino possidere liceat*. Nam cùm tractemus de precario, nec necesse sit dominum eum esse qui precario concedit, debuerat siue Celsus, siue Tribonianus scribere *inuito concedente*, non autem *inuito domino*. Certum enim est posse concedi precarium etiam à non domino, dum ne ipsi domino concedatur *leg. sed & si eam rem 7. leg.vltim. in fine principij D. eodem.* quod & Accurs. noster bene vidit, sed quod habent legis verba de domino, intelligit ille valde impropriè de concedente quolibet etiam qui dominus non sit: Qua tamen loquendi formula adeò impropria vsum fuisse Celsum tam incredibile est, quàm illud probabile vsum ea esse Tribonianum. Denique nec illud simpliciter verum est nullam esse vim huius conuentionis vt rem alienam inuito domino possidere liceat. Nam in commodato quod omnium simillimum est precario, In eo præsertim quod

Digitized by Google

qui rem commodat non in hoc commodat vt eam faciat accipientis, sed tantùm vt ei re commodata vti permittat *leg.1. §.vltim. eodem titul.* id ipsum tamen euenit vt inuito domino si dominus commodator fuit, rem commodatam retineat commodatarius in id vsque tempus, quod reddendo commodato fuerat præstitutum *leg in commodato* 17. *§. sicut D. commod.* Nempe quia commodati obligatio ea lege contracta est, Nec priùs furtum facere intelligitur commodatarius, licèt rem commodatam inuito domino contractet ac retineat, quàm commodatum vel tempore vel vsu finitum sit. Sicuti è contrario si post tempus illud rem commodatam retineat, furtum facit, non solùm si dominus aut alius quisquis ille est qui commodauit expressim contradicat, sed etiamsi taceat dum ne noua ipsius voluntas interueniat *§. furtum autem fit Institut. de obligat. quæ ex delict. nascunt. leg. qui iumenta* 40. *D. de furt.* Adeò vt si ex ea causa condemnari se patiatur fiat infamis, tanquam si ex alterius cuiuslibet furti causa fuisset condemnatus, quia in iudicio directo commodati agitur de perfidia & fide rupta. In quo differunt iudicia directa à contrariis *leg. furti* 6. *§. vltim. De his qui notant. infam.* Iunct. *leg. ei apud quem* 5. *D. depos. leg. qui depositum* 10. *Cod. eodem.* Quod addere libuit vt refellerem quod sentit Didac. *dict. cap.15. lib.3. var. resolut. ad fin.* post Ioannem Fabrum ad *leg.1. Cod. de pignorat. action.* non committi furtum à commodatario, vel depositario, vel creditore etiamsi re commodata vel deposita, vel pignorata vtatur aliter quàm ex conuentione vti debuit, dum ne ex eo vsu res deterior fiat, & dummodò ad eum vsum res applicata sit, cui propriè res ipsa destinatur, & ad quem dominus his rebus vti solebat, Quasi credendum sit istis concurrentibus dominum permissurum fuisse. Pugnat enim hæc sententia euidenter cum supradictis legibus, Ex quibus apparet ideò furtum hoc casu admitti, & ex furti condemnatione infamiam sequi, non quòd agatur de damno dato, sed quòd de fide rupta, & de perfidia: quam hac pœna coerceri non modò rigori iuris, sed etiam æquitati omnino consentaneum est. Illud verò non tantùm audacius, sed etiam longè improbabilius est, quod addit Didacus, Etiam illo casu quo credendus non sit dominus fuisse permissurus, adhuc mitius agendum esse, ita tamen vt dominus indemnis seruetur, Non quòd hoc casu furtum factum esse negari possit, Sed quia, inquit, furtum hoc non omnino inhonestum sit, nec computari debeat inter ea furta quæ legibus & reipublicæ institutis praua & perniciosa censentur, Ex quo etiam infert, eum qui ex hac causa condemnatus sit non solùm per sententiam iudicis ab infamia liberandum esse, Sed etsi à iudice id omissum sit, sententiam tamen, quod certè magis mirum est, sic accipi debere vt minimè habeatur infamis qui per eam hac ratione furti condemnatus fuerit. Quæ tamen omnia scribit ille quemadmodum non modò sine lege, verùm etiam contra leges, ita & sine ratione quamuis adferat authoritatem Philippi Cornei *consil* 274. *libr.* 3. *versic. & potissimè.* Nam si furta cætera quæ ille grauia & reipublicæ perniciosa vocat ex sola rei alienæ contrectatione quæ inuito domino facta sit æstimantur, Et inuitus ille dicitur non qui expressim dissenserit sed qui non consenserit, Quantò grauius illud est quod præter contrectationem habet admixtam quoque perfidiam? Illud sanè omnino requiritur vt commodatarius vel depositarius intelligat se non ex voluntate domini ea re vti: Alioquin si putet dominum consensurum non potest videri furtum facere qui affectum & animum furandi non habet *leg. inter omnes* 46. *§. recte D. de furt. §. placuit Institut. de obligat. quæ ex delict.* *nascunt.*

nascunt. Sed ea opinio siue vera, siue falsa sit probanda necessariò est, vt credi possit non habuisse animum furandi eum qui accepto commodato ad certum tempus vel ad certum vsum, hoc ipso scire potuit & debuit finito illo vsu vel tempore finitum quoque fuisse commodatum, Siquidem omnia quæ ad certum tempus vel vsum limitatum concessa sunt, post tempus illud, cúmve vsum prohibita censentur *leg. Imperator* 8. *in fin. D. de his qui not. infam. l. Thais* 41. *§. intra certa tempora D. de fideicomm. libert.* Cùm verò Didacus de illo etiam loquatur qui nulla opinione motus rem sibi commodatam vel apud se depositam retinuit eáque vsus est, quamuis sciret dominum non fuisse permissurum, apparet hanc Didaci sententiam defendi nullomodo posse: neque distinctionem illam, Vtrum ex eo vsu commodatarij res facta sit deterior necne, Cùm etiamsi res furtiua facta esset preciosior penes furem, non eo magis tamen fur liberaretur, Sicuti nec vsufructuario permittitur vt rei cuius vsumfructum habet speciem immutet, tametsi rem faciat preciosiorem *leg. quamuis* 8. iunct. *§. vltim. leg. præced. D. de vsufruct.* Frustra enim est quærere an res preciosior, vel melior, an deterior, aut vilior facta sit, nisi in iis actionibus quæ ob damnum datum conceduntur, & in quibus de indemnitate tantùm præstanda quæritur non de crimine vindicando, aut de re ipsa repetenda. Ex quibus intelligimus, Eandem hac parte rationem esse precarij & commodati, Hactenus scilicet, vt qui re precaria in certum vsque tempus concessa post tempus illud vtitur, perinde furtum facere dicendus sit atque is qui post tempus vtitur re commodata: Diuersam tamen & dissimilem in eo quod commodatarius non prius furtum facere potest quàm tempus præterierit in quod accepit commodatum, quia nec priùs reuocari commodatum potest. At is qui precariò in certum tempus rogauit, potest etiam ante illud tempus furtum facere, Nimirum si ante tempus interueniat precarij reuocatio quæ temporis illius adiectione, vt diximus, non impeditur. At è contrario melior in eo est condicio precarij nullo tempore limitati quàm commodati, quod is qui precario rogauit quantocunque tempore rem retineat, nunquam facit furtum, quousque precarium expressim reuocatum sit, & reuocationem factam esse ipse sciuerit.

ERROR QVARTUS.

De exceptionibus quæ dantur aduersus interdictum Quod vi aut clam. Ad l. 3. §. sed si permiserit l. 1. §. denique l. si alius 7. §. bellissimè. D. quod vi aut clam.

COGIMVR interserere hunc tractatum vt diluamus obiectionem, quam aduersus ea quæ proximo capite scripsimus, mouere quis possit, ex *dict. l. si alius 7. §. bellissimè & seq. l. 1. §. denique l. vltim. §. si ad ianuam. D. quod vi aut clam*, In quibus locis apertè mentio fit exceptionis non tantùm obiiciendæ, sed etiam dandæ aduersus eum qui interdicto illo vtitur, Cùm tamen dixerimus exceptiones quæ aduersus interdicta proponuntur obiici tantùm à litigatore qui conuenitur, sed à Prætore admitti veriùs quàm dari. Tractat Vlpianus ex Iuliano *in dict. §. bellissimè*, An agenti interdicto Quod vi aut clam, noceat exceptio *Quod non tu vi aut clam feceris*, Et addit, Vt puta, Vtor aduersus te interdicto Quod vi aut clam, An

Digitized by Google

in d.§.denique, negat supradictæ exceptioni locum esse, quoniam, inquit, aduersus quod vi aut clam factum est [sic enim lego non vt vulgò, *aduersus vim aut quod clam factum est*] nulla iusta exceptione tueri se quis potest. Quamquam Accursius noster ad illum locum notat, Vlpiani sententiam quantumlibet generalem restringēdam esse ad exceptionem iuris; de qua agitur *in eod. §.* Cùm aduersus interdictum illud, Quod vi aut clā, quatuor, inquit, exceptiones admittantur. Prima illa de qua *in d.l.3.§.sed si permiserit & seq.eod.tit.* Secunda de qua *in d.§.bellissimè & in d.l.vlt.§.si ad ianuam eod.* Tertia de qua *in d. §.est & alia.* Quarta de qua *in l.semper 15.§.hoc interdictum eod. titu.* vbi dicitur interdictum hoc anno finiri: ex quo infert ille annalem exceptionem huic interdicto obstare, sed quantū ad hanc vltimam exceptionē parum subtiliter. Aliud enim est dicere Annalem exceptionem huic obstare interdicto, Aliud verò, Post annum interdictum hoc non dari. Nulla enim exceptió aut necessaria aut vtilis esse potest aduersus interdictum quod nec competit nec datur. Et annalis exceptio præsupponit ius aliquod competere quod per eam elidi possit & debeat, vt & cæteræ exceptiones omnes. Quod verò ad primam exceptionem pertinet, de qua *in d.§.sed si permiserit*, vt hoc quoque interferamus, cauendum etiam est ne malè accipiamus quod eo loco scribit Vlpianus, si is cui permittendi ius fuit, permiserit opus illud fieri quod vi aut clam factum esse postea dicitur, necessariam esse exceptionem. Quomodo enim potest esse necessaria, cùm neque vi, neque clam factum dici possit quod factum est permittente eo cui ius fuit permittendi? Aut quomodo potest interdictum, Quod vi aut clam competere aduersus eum qui neque vi neque dolo quicquam fecit? Est igitur locus ille explicandus ex §.præced. Vbi scriptum est non omnibus momentis vim esse faciendam vt interdicto illi locus sit, sed inter initia factam postea perseuerare. Quid enim si ab initio aliquis vi aut clam fecerit, puta cœperit ædificare, postea verò is quo primùm prohibente vel celato fecerat permiserit ei vt pergeret ædificare? Competit quidem summo iure interdictum, Quod vi aut clam, nec à prætore denegari potest ei qui prohibuit, vel celatus fuit, quia nec potest negari quin aliquid vi aut clam factum sit, Sed tamen exceptio competit, quoniam vicium illud quod priùs contractum fuerat violentiæ aut clandestinitatis, vt loquuntur, purgatum fuit per subsequentem permissionem, Quo casu non potest habere locum quod dictum est sufficere quod ab initio vis facta sit vt facta perseueret, Siquidem perseuerare non potest quæ purgata est, Et tamen cùm ea purgatio nequeat facere quin competat interdictum, non magis quàm vt falsum sit vim ab initio factam esse quæ reuera facta fuit, necessaria exceptio est ad elidendam vim & potestatem interdicti. Estque is sanè singularis casus in quo aduersus id quod vi aut clam factum est, se tueri quis iusta exceptione potest. Dummodò is qui ex post facto permisit, ius habuerit permittendi, puta si dominus fuerit, vel tutor, vel curator, pupilli, furiosi, prodigi vel adolescentis, Non etiam si curator reipublicæ: quippe cui locorum publicorum procuratio quidē & administratio data est, sed concessio data non est, vt sequitur apud Vlpianum. At alia exceptio illa de qua nunc tractamus *ex d. §.bellissimè*, in eo dissimilis est quod non necessaria, sed vtilis tantùm dici potest. Cur verò nō necessaria? Quoniā si demolitus fuero vi aut clā illud ipsum quod tu vi, aut clā ædificaueras, & tu aduersus me experiatis interdicto Quod vi aut clam, Possum ego vicissim eodē interdicto contra te experiri, atq; ita assequi vt nisi remittas mihi vt absoluar, cōdēneris in omne id quod mea interest quasi tu rē

Digitized by Google

non restituas quæ ex verbis interdicti restitui omnino debet *d.l. vlt. §.si ad ianuam eod.tit.* Cur ergo vtilis dandáq; hæc exceptio, si nō sit necessaria? Nā quēadmodum de bello quidam scripsit, Neq; pium, neque iustum bellum esse posse nisi quod sit necessarium: Ita neque videtur vlla exceptio esse iusta aduersus id quod vi aut clam factum est, nisi si quando necessaria sit, vt *in d.§.sed si permiserit*, id est cùm ex postfacto permissum est id fieri quod ab initio fuerat vi aut clam factum. Respondeo, Cui damus actionem aut interdictū, multò magis dādam esse exceptionem, siue aduersus actionem, siue aduersus interdictum, si aut actione aut interdicto conueniatur, quemadmodum idem Vlp. noster ratiocinatur *in l.1. §.is autem D. de superfic.* iuncta regula iuris. Proinde fieri non posse vt iusta non sit exceptio quæ datur ei cui etiam actio aut interdictū si peteret, accommodari posset & deberet, Nec quicquam interest aduersarij an actionis vel interdicti potestate, an exceptionis appositæ æquitate condemnetur, cùm omnimodo sit condemnandus. Cæterùm illud semper tenendum est quod initio præfati sumus, obiici hanc exceptionem debere ab eo qui conuenitur, non autē poni à prætore in formula interdicti, Vt neque verbis edicti vlla proposita est. Idque verba etiam ipsa demonstrant quibus exceptionem hanc concipit Vlpianus *in dict. §. bellissimè, Quod non tu vi aut clam feceris*, itémque Venulcius *in dict. §. si ad ianuam si non vi nec clam nec precario feceris.* Nam cùm verba edicti & interdicti sint directa in personam eius qui vi aut clam fecisse dicitur [ait enim Prætor *Quod vi aut clam factum est qua de re agitur, id cùm experiundi potestas est, restituas l.1. in princip. eod.*] debuisset exceptio à Prætore cōcipi in tertiam personam eius qui interdicto experietur, Qua de causa magis miror quod apud Vlp. *in d. §. bellissimè* postquàm dixit exceptionem hanc aduersus interdictum, Quod vi aut clam profuturam, additum video in hæc verba *quod nō aliter procedere debet nisi ex magna & satis necessaria causa, Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet.* Nā si huiusmodi exceptionis dādæ ratio illa & æquitas subest, quod is cui datur etiā interdicto experiri ipse posset si mallet, nihil certè causæ est cur in ea admittenda tardior esse prætor debeat, qui nec interdictum ipsum denegare posset aduersus eum, qui primus vi aut clā fecisset, *d.§. si ad ianuam.* Si enim dicas hunc qui posterior vi aut clā fecit debuisse ius suum exequi per interdictū nō iniuriā cōminisci faciēdo propria authoritate vi aut clā quod per Prætorē ipsum facere debuit, Replicabit ille idem posse obiici ac multò iustiùs ei qui nulla lacessitus iniuria, primus fecit vi aut clā. Is.n. etiāsi ius faciendi habuisset, ius illud suum tueri debuit, non iniuriā cōminisci, vt scriptū est *in d.l. 1. §.1. eod.* Itaq; vel neutri dandū est interdictū, vel neutri denegandū. In quo sanè hoc interdictū differt ab interdicto Vnde vi, vt benè Accurs. sentit *ex l.3. §. cum igitur, & l. qui possessionem 17. D. ill. tit. Vnde vi l. si quis ad se fundum 7. C. eod.* à Bartolo malè notatus, Nempe quia interdictum illud non ad quamlibet vim pertinet, sed ad atrocem tantùm, quæ maioris tumultus occasionem præbere posset, & quam ideo prorsus vindicari reipublicæ interest. Quod non similiter de interdicto Quod vi aut clam dici potest. Quòd si omnino dandum est interdictum ei qui posterior vi aut clam fecit aduersus eum qui primus eandem iniuriam commentus est, quidni etiam omni casu licebit ei exceptionem obiicere? Aut cur non idem adhibebimus temperamentum si interdicto experiri mallet is qui conuenitur, quàm ope exceptionis. Vt scilicet non nisi ex magna & satis necessaria causa permittatur ei impetrare interdictum. Si enim iure suo cecidisse videri debet ob id quia per seipsum fecerit, quod per iudicem faciendum

dum fuit, non magis ei permittendum est vt interdicto vti possit quàm vt exceptione. Imò tantò minùs, quantò facilius est, vt exceptiones petentibus dentur, quàm vt actiones vel interdicta. Ideóque nimirum neutro casu temperamentum hoc adhibet Venuleius *in dict. §. si ad ianuam.* sed electionem liberam dat conuento, vt vel interdictum exerceat vel obiiciat exceptionem. Et sanè quisquis in Tribonianismis obseruandis vel mediocriter fuerit versatus, facilè in supradicta clausula manum agnoscet Triboniani, Maximè verò in verbis illis, *Nisi ex magna & satis necessaria causa.* Item in illis, *Officio iudicis.* Est enim sollenne Triboniano pro Prætore aliòve maiore magistratu quolibet substituere nomen *iudicis*: respicienti nimirum ad ius nouum quod Dioclet. & Maximian. induxerunt *in leg. 2. de pedan. iudic.* vt magistratus ipsi de quibus causis anteà iudices dabant, cogantur ipsi per se cognoscere nec iudices dare possint, Cùm tamen prudentes nostri solerent ius dicentes à iudicantibus & iudicibus distinguere, nec sub iudicum appellatione alios intelligere quàm pedaneos à Prætore aut alio magistratu datos, Vt constat *ex tot. tit. De iudic.* & à nobis iam sæpiùs obseruatum est. Sed fiet apertior, & inscitia, & manus Triboniani ex iis quæ sequenti capite dicenda supersunt circa aliam exceptionem, de qua *in dict. leg. si alius. 7. §. est & alia exceptio eodem tit. Quod vi aut clam.*

ERROR QVINTVS.

De distinctione posita in l. si alius 7. §. est & alia exceptio eod. tit. Quod vi aut clam, & de illius loci emendatione.

HAEC vna est ex quatuor illis exceptionibus, quas Accursius noster, vt suprà retulimus, contra interdictum Quod vi aut clã, obiici posse adnotauit: Nec immeritò, vt videtur, cùm hoc ipsum disertè scriptũ sit in *d. l. si alius 7. §. est & alia exceptio eod. tit. Quod vi aut clam.* Vbi Vlpianus postquàm ex Iuliano scripsit in §. præcedẽte, Aduersus interdictum Quod vi aut clam posse exceptionẽ illam prodesse *Si non tu vi aut clã feceris*, subiungit esse & aliam exceptionẽ de qua Celsus dubitat an sit obiiciẽda, Vt puta si arcendi incendij causa vicini ædes interciderim, & Quod vi aut clam mecum agatur, aut damni iniuria. Celsus enim [sic lego ex præcedentibus non vt vulgo Gallus] dubitat inquit Vlpianus an excipi oporteret [ita namque legendum est non vt Florent. effici.] *Quod incendij defendendi causa factum non sit.* Respondet verò ad illam siue Celsi, siue Galli dubitationem, non ex Celso aut ex Gallo, sed ex Seruio, adhibita huiusmodi distinctione, Si magistratus hoc fecisset, dandam ei exceptionem, Sed priuato non esse idem concedendum. Quæ tamen distinctio, cuiuscumque tandem illa sit, non videtur mihi posse subsistere. Prior siquidem eius pars supponit posse fieri vt magistratus qui arcendi incendij causa ædes alienas, siue prohibitus à domino, siue ante denunciationem ei factam intercidit, conueniri ex ea causa possit interdicto Quod vi aut clam. Alioqui quomodo posset ei competere, vel dari exceptio, qui non priùs conueniretur? Idque ipsa etiam quæstionis verba probant, quæ sic habent *& Quod vi aut clam mecum agatur.* Atqui falsissimum illud est, nec vllo casu potest euenire, vt concurrat vtrumque in persona

aut clam, neque Aquilia lege de damno iniuria dato conueniri possit, ob id quod alienas ædes incendij arcendi causa interciderit, si iure potestatis non iniuriæ inferendæ animo id fecerit, Vel conuentus siue interdicto illo, siue actione legis Aquiliæ damni iniuriæ, ob id quod suo magistratu abuti voluerit ad comminiscendam iniuriam, non alia exceptione sit adiuuandus, quàm quæ priuato concederetur, Vt verò in eadem facti specie & interdicto teneatur, & exceptione illa adiuuetur, *Quod arcendi incendij causa factum non sit*, nullo modo, nullóque casu fieri certè potest. Quid ergo sibi vult Vlpianus aut Seruius cum sua illa distinctione? Nihil planè, quod ad iuris siue ciuilis, siue prætorij rationem accommodari possit. Ob idque cogor dicere Triboniano potiùs quàm Vlpiano aut Seruio adscribi oportere, non quidem distinctionem illam quæ si per se accipiatur, verissima sanè & æquissima est, sed quod distinctio illa accommodata sit ad propositam quæstionem, quod nisi perabsurdè & inconcinnè fieri non potuit. Quæsitum erat, vt suspicor, apud Seruium, An incendij arcendi causa liceret vicinas ædes demoliri, Nihil verò additum aut De interdicto Quod vi aut clam, aut de exceptione aduersus interdictum illud danda. Responderat autem Seruius & rectè, Adhibendam esse distinctionem, An magistratus id fecisset, an priuatus, Magistratui permittendum id esse quem iure potestatis non ad iniuriam id facturum esse credibile sit, Priuato non idem esse concedendum, ne occasio maioris tumultus detur si concedatur singulis id facere quod potiùs per magistratum fieri publicè possit & debeat *leg. non est singulis 176. de reg. iur.* Cùm verò ita scripsisset Seruius, putauit bonus noster Tribonianus, posse ex ea distinctione sumi occasionem nouæ quæstionis proponendæ, & distinctionis veteris ad nouam quæstionem aptandæ: qui mos ei familiarissimus est. Itaque proposita quæstione, An aduersus interdictum Quod vi aut clam, aut actionem damni iniuriæ obiici possit exceptio illa *Quod arcendi incendij causa factum non sit*, respondet adhibita supradicta distinctione, Nec animaduertit locum distinctioni esse non posse, ad causam exceptionis, sed tantùm ad causam actionis, Id est si quæratur an possit quis ob id conueniri, quod incendij arcendi causa ædes alienas interciderit, Non etiam si quæratur, quomodo in proposita specie quæritur, An ex ea causa conuento exceptio danda sit. Exceptio enim præsupponit actionem aut interdicti speciem aliquam competentem, quam tamen defensionis æquitate infringi & elidi iustum sit. Atqui in persona magistratus nihil tale potest occurrere, quia vel actio contra eum nulla competit, nullúmque interdictum, Vel æquitas nulla subest quæ illi fauendum suadeat nisi quomodo etiam priuato faueretur. Planè in priuato quoque distinctio aliqua adhibenda est, nec omnimodo condemnandus ille si arcendi incendij gratia ædes vicini propria authoritate interciderit. Distinguendum enim est, vt sequitur apud Vlpianum, An is qui sic fecit, & quidem vi aut clam [alioqui de interdicto illo tractandum nihil esset] id fecerit arcendi eius incendij causa quod ad ædes vsque intercisas non peruenerit, An verò eius arcendi quod eò vsque peruenerit. Priore casu placet simpli æstimandam esse litem, quia parcẽdum est aliquatenùs ei qui iusto metu perculsus non per iniuriã fecit: Nõ tamẽ vt omnino absoluatur, quia damnũ ab eo datũ esse negari non põt. Posteriore verò absolui reũ oportere ait Vlp. ex Seruio, & hoc quoq; rectè. Nã vt subiicitur nullã iniuriam aut damnum dedisse hic videtur æquè perituris ædibus. Quid enim domini

intereſt an incẽdio perituræ fuerint, an ob id perierint, quòd ſint interciſæ? *l.4 §.1. de incend. ruin. naufr. l. vltim. §. ſi ea ad leg. Rhod. de iact.* Sed hîc quoque mihi rurſum ſuſpectus eſt Tribonianus, ob verſiculum illum interiectum, *Idem ait eſſe ſi damni iniuria actum fuerit*, Nam præter id quod de actione damni iniuria non minùs quàm de interdicto Quod vi aut clam, propoſita quæſtio erat iis verbis, *& quod vi aut clam mecum agatur, aut damni iniuria*, Vt proinde adhibita in reſponſione diſtinctio ad vtramque quæſtionis partem referri debuerit, Apparet etiam ex ipſis verbis diſtinctionis, magis eam pertinere ad actionẽ damni iniuriæ, quàm ad interdictum Quod vi aut clam. Quorſum enim verba illa *ſimpli litem æſtimandam* niſi ad excludendam dupli condemnationem? Quis verò vnquam dixit vel audiit, Ex cauſa interdicti Quod vi aut clam teneri quem in duplum? Imò verò interdicti verba non loquuntur niſi de opere reſtituendo quod vi aut clam factũ ſit *d. l.1. in princip.* quorum verborum effectus & ſenſus ille eſt, vt ſi opus non reſtituatur, præſtandum ſit actori quanti eius intereſt *l. is qui in puteum 11. §. ſi fundus l. vltim. § ſi ad ianuam, & paſſ. eod. tit. l. ſi vi me deieceris 15. D. vnde vi.* Eius autem quod intereſt appellatione, duplum contineri nemo dixerit, ſed ſimplum duntaxat *leg. 1. D. de action. empt. leg. in interdicto 6. D. vnde vi.* At damni iniuriæ actio, quæ legis Aquiliæ actio eſt regulariter & ſui natura datur ad duplum, niſi ſi quando æquitas faciat vt ſimplo contenta eſſe debeat, *§. in duplum agimus Inſtitut. de action.* Et tùm quoque cùm non in duplum datur, ſed quanti plurimi eo anno res fuerit, plerunque tamen vltra damnum lis æſtimatur, Vnde fit vt non tranſeat contra heredem, tanquam quæ pœnalis cenſeatur *§. his autem verbis. Inſtit. de leg. Aquil.* Dices, Neque interdictum Quod vi aut clam, dari contra heredem cæteróſque ſucceſſores, niſi de eo quod ad ipſos peruenit *leg. ſemper 15. §. hoc interdictum D. quod vi aut clam.* Ergo habendum etiam illud eſſe pro pœnali, nec proinde quicquam inter actionem legis Aquiliæ & hoc interdictum intereſſe. Sed facilis reſponſio eſt, Eſſe quidem hoc interdictum pœnale, at non ex parte actoris cùm ſit reſtitutorium nec niſi rei reſtitutionem, & eius quod reuera intereſt perſecutionem contineat *dict. leg. 1. in princip.* Sed ex parte illius qui vi aut clam feciſſe probatur, quia propoſitum fuit vt occurreretur eorum calliditati qui cùm ius ſuum tueri tantùm deberent, maluerunt iniuriam comminiſci *dict. leg. 1. §. 1.* Itaque cùm factum puniat, & in dolum aduerſarij concipiatur, non poteſt dari contra heredem eo modo quo contra defunctum dari potuiſſet, Ex *reg. leg. huius 9. §. 1. D. quod falſ. tutor. author.* At legis Aquiliæ actio pœnalis eſt etiam ex parte actoris, quoniam in ea plerunque, vt diximus, lis vltra damnum æſtimatur, id eſt vltra ſimplum, quod in interdicto Quod vi aut clam nunquam contingit. Proinde fatendum eſt non tam ad interdictum illud quàm ad actionem damni iniuriæ referendum eſſe quod Seruius dicebat. Si quid vi aut clam factum fuiſſet ab eo qui alienas ædes incendij arcendi cauſa interciſiſſet, nec ignis vſque eò perueniſſet ſimpli tantùm æſtimandam litem eſſe, Et conſequenter non tantùm ſuperuacuè, ſed etiam ineptè ſubiectum fuiſſe verſiculum illum quem nos tollimus, *Idem ait eſſe ſi damni iniuria actum ſit.* Enimuerò quid Tribonianum mouere potuit, vt verba illa adderet? Vnum illud, vt puto, quod in ratione ſubiecta ex Seruio & damni fit mentio & iniuriæ: Quaſi in interdicto Quod vi aut clam, neque de damno, neque de iniuria quæratur, In quo ſi Tribonianus ita ſenſit, turpiter hallucinatus eſt. Non enim datur interdictum illud alij quàm ei qui damnum paſſus ſit, nec ſufficit vi aut clam factum

Digitized by Google

esse *dict. l. si alius §. planè*, vbi dicitur, Si quid agri colendi causa factum sit, interdictum Quod vi aut clam locum non habere si melior causa facta sit agri, quamuis prohibitus quis vi aut clam fecerit. De iniuria verò iam sæpius diximus, animum comminiscendæ iniuriæ necessariò interuenire debere, vt interdicto locus esse possit, Ex *dict. l. 1. §. 1. eod.* Qui porrò animus in eo non est qui arcendi tantùm incendij causa ædes vicini intercîdit: Quamuis non eo minus damnum faciat si non eò vsque ignis peruenerit, & quidem per iniuriam cùm iniuria sit quicquid non iure fit licet affectus iniuriandi desit. In eóque iniuria differt à furto quod sine affectu furandi non committitur. Itaque vix est vt interdicto Quod vi aut clam teneatur etiam priuatus qui nullo animo inferendæ iniuriæ intercîdit ædes vicini vt à suis ignem arceret, Vel saltem hic singularis casus est, quo interdictum habeat locum aduersus eum qui iniuriam comminisci noluerit. Nihil ergo est quod Triboniani factum, & inscitiam excusare queat. Nec proinde est quod quis ex eo loco nobis obiiciat exceptiones quæ aduersus interdictum opponuntur, dari à Prætore ob id quod scriptum sit *dandam exceptionem esse* cùm Triboniani sit nō Vlpiani quicquid in eo §. scriptum est. Quod & prima illa verba indicāt *Est & alia exceptio de qua Celsus dubitat an sit obiicienda.* Ita namque scripsit Tribonianus valde impropriè, dixitque obiiciendam exceptionem pro eo quod dicere voluit obiici eam posse. Non enim positum est in necessitate, sed in facultate & voluntate eius cui exceptio competit an ea vti velit necne *l. penult. Cod. de pact.* Qui autem dicit obiiciendam esse exceptionem, demonstrat necessitatem quandam potiùs quàm facultatem & potestatem eius obiiciendæ: Eadémque improprietas est in sequentib. illis verbis *an excipi oporteret*, pro eo quod Vlpianus haud dubiè scripsisset *an excipi posset vt in dict. l. 1. §. denique eod.* Sanè quod sequitur in eo §. verissimum est, nec vllam dubitationem habet. Si nullo incendio vicini ædes demolitus sis, & posteà incendium exortum fuerit, non idem esse dicendum quod in præcedente casu, Vt absolui te oporteat si ad eas vsque ædes ignis peruenerit, Quasi perinde hoc casu nullum damnum dedisse videaris æquè perituris ædibus. Nam vt rectè Labeo dicebat, non ex postfacto, sed ex præsenti statu inspici oportet an factum sit damnum necne, Sufficítque ad condemnandum te ex causa interdicti vt culpa tua præcesserit, & quidem eo tempore, quo ex illa culpa damnum vicino illatum sit *d. l. si vi me deiecer is* 15. *D. vnde vi*, nec superueniens casus culpam præcedentem delere potest aut excusare. Accursius Tribonianismos istos non obseruauit, nec difficultates illas quæ ex iis nascuntur, Aut si vidit, certè dissimulauit: Sicut & Bartolus cæterique omnes qui ad hunc §. scripserunt.

ERROR SEXTVS.

De actione præscriptis verbis ei competente qui rem aliquam concessit precario.

QVOD Paulus scripsit *in l. interdictū* 14. *D. de prec.* Interdictū de precariis meritò introductū esse, quia nulla eo nomine ciuilis actio esset, magísque ad donationis & beneficij quàm ad negotij contracti causam spectet precarij cōdicio, Pugnare videtur cū eo quod Vlp.

ſcriptum eſſet nullam precarij cauſa actionem iure ciuili comparatam eſſe, Ergo neque innominatam, neque nominatam. Id verò fit euidentius ſi Pauli ſententiam & mentem inſpiciamus. Voluit enim rationem reddere cur interdictum De precariis à Prætore introductum ſit. Et rationem petere ex neceſſitate, quemadmodum & ab Vlpiano factum eſt *in dict. leg. eum qui e.ust* 14. *§. is qui precario D. de furt.* Atqui nulla ſuberat neceſſitas introducendi ex hac cauſa interdicti, ſi qua ciuilis actio iam eo nomine competebat, etiamſi nomen aliquod non haberet, Cùm actiones præſcriptis verbis quas innominatas noſtri nominant, non minoris ſint poteſtatis ad eliciendam condemnationem, & conſequendam indemnitatem, quàm quæ proprium nomen habent. Ac ſicuti ſolemus dicere nihil intereſſe, an directa quis, an vtili actione conueniatur, cùm vtraque actio eiuſdem poteſtatis ſit, eundémque habeat effectum, vt ſcriptum eſt, *in leg. actio* 47. *D. de negot. geſt.* Ita nec quicquam intereſſe poteſt an quis nominatam actionem exerceat, an verò innominatam, ſed quæ non minùs efficax ſit, quàm ſi eſſet nominata. Sed neque poſſum videre vnde Accurſius & cæteri hanc diſtinctionem actionum hauſerint, vt earum aliæ nominatæ ſint, aliæ innominatæ. Scio non omnes contractus eſſe nominatos, ſed pleroſque innominatos, qui ferè omnes ad ſumma quatuor illa genera referuntur; Do vt des, Do vt facias, Facio vt des, Facio vt facias, De quibus *in leg. naturalis* 5. *§.* 1. *D. de præſcrip. verb.* Nempe quoniam plura ſunt negotia quàm vocabula, vt ſcriptum eſt *in leg.* 4. *eod.* Sed actiones aliquas innominatas eſſe, nunquam legi. An non enim nomen certum habent & quidem elegans quæ vel præſcriptis verbis, vel in factum appellantur? Fateor non habere illas nomen proprium & ſpecificum per quod aliæ ab aliis inuicem diſtinguantur. Sunt enim iſta nomina omnium earum actionum communia, quæ proprium nomen non habent. Sed tamen aliud eſt, Proprium nomen non habere, Aliud verò nullum habere, Nec quod commune nomen eſt facit vt eo minùs certum ſit, & verum, adeóque ſpecificum & diſtinctum, per quod ſcilicet actiones iſtæ ab aliis quas nominatas vocant, diſtinguantur. Ex quo apparet, quàm diuerſa ratio ſit huiuſmodi actionum & contractuum innominatorum. Nam contractus innominati nullum penitus nomen habent, ne quidem quod ſit commune, Niſi quòd generali nomine etiam contractus appellantur. Illa ſiquidem nomina, quæ retulimus, Do vt des, Do vt facias, Facio vt des, Facio vt facias, non tam contractuum nomina ſunt quàm negotiorum. Quemadmodum nemo dixerit, *Do quia dediſti* permutationis nomen eſſe, ſed potiùs modum contrahendi eius negotij quod nos permutationem appellamus. At actiones quæ ex contractibus innominatis proficiſcuntur, non ſolùm generale illud nomen actionum retinent ſibi cum aliis commune, ſed ſpeciali etiam nomine Actiones aut Præſcriptis verbis, aut in factum dicuntur, ne quis poſſit exiſtimare naſci eas ex contractibus nominatis. Denique cùm actiones iſtæ quas noſtri innominatas vocant, non alia de cauſa proprium nomen nullum habeant, quàm quia naſcuntur ex contractibus innominatis, & ex negotiis, quæ nec ipſa proprium vllum nomen habent, Nulla ratio eſt propter quam dici debeat actionem ſi qua iure ciuili naſcatur ex precario, innominatam eſſe, cùm precarium ex quo naſcitur tam elegans & proprium habeat nomen, à quo etiam interdictum De precario nomen ſumpſit. Cur non enim perinde licuerit dicere Actionem precarij, aut De precario, quomodo & interdictum De pre-

Digitized by Google

cario dicimus,& actionem commodati? Aut cur non saltem actionem præscriptis verbis De precario dicimus quemadmodum solemus dicere Actionem æstimatoriam, aut De æstimato quæ & ipsa præscriptis verbis actio est, *leg.1.D. de æstim. act.* & actionem præscriptis verbis ex permutatione, De qua *in leg. cum precibus* 4. *C. de rer. permut.* Nam & hæ duæ Præscriptis verbis actiones in eo differunt à cæteris quæ nullum nisi commune & generale nomen idem habent, Non solùm quod habent nomen specialius ex ipsius negotij à quo proficiscuntur nomine constitutum, sed etiam quod bonæ fidei sunt, quia dantur ex negotio ciuili gesto bona fide, vt scriptum est *in dict. leg.1.in fin. De æstimat. action.* Cùm tamen cæteræ omnes præscriptis verbis actiones stricti iuris sint, vt apparet ex actionum bonæ fidei enumeratione à Iustiniano facta *in §. actionum.Inst. de action.* vbi inter actiones bonæ fidei, solæ illæ Præscriptis verbis actiones, quas modò retulimus enumerantur. Prætermissa, quod mirum est, hac ipsa de qua nunc agimus, quæ ob precarium datur: quam tamen bonæ fidei esse, negari meo iudicio non potest, quod & Accursius noster sensit post Azonem *ad dict.leg.2.§.penult. de precar.* cùm ex bona fide oriatur, vt eo loco Vlpian. scribit, quod vnum inspiciendum est vt sciatur an bonæ fidei sit actio necne, quemadmodum idem Vlpian. ratiocinatur *in dict. leg. 1. in fin. D. de æstimat. act.* Nulla igitur ex tribus Accursij solutionibus & responsionibus defendi potest. Videamus verò an subtilius sit & probabilius, quod vir doctissimus Iacobus Cuiacius docuit *libr.4.Obser.cap.7.* Actionem hanc præscriptis verbis ei competentem qui precariò concessit, non equidem nasci ex negotio gesto, sed tamen nasci ex æquitate, & ex tacito quodam negotio, vt condictiones omnes. *leg.indebiti 15.leg.hac condictio 66.D.de condict.indeb. leg. si & me & Titium 32. in fin. D. de reb. credit.* Quam in sententiam videtur fuisse motus ex eo quod hæc actio præscriptis verbis quæ ex causa precarij competit, condictio appellatur *in dict. leg. duo in solidum 20. in fin. D. de precar.* Sed quod pace tanti viri dictum sit, videtur ille ludere in ambigua condictionis appellatione. Cùm enim eo nomine generaliter sumpto actiones, omnes personales significentur, etiam ille, quibus rem suam plerunque dominus persequitur, vt puta ex causa depositi, commodati, pignoris, & aliæ similes, Specialiùs verò, ac magis propriè hoc nomine demonstrentur eæ actiones quibus repetimus id quod nostrum fuit, nostrum tamen esse summo iure desiit, sed ita vt nobis reddi æquum sit, vt in titulis illis qui sunt, *De varijs condictionibus libr. 12. Pandectarum*, De quibus etiam *in leg. videamus 38. in princip. D. de iur.* Certũ est hoc solo posteriore sensu posse dici condictiones esse ex bona fide, Alioqui & ex stipulatu & ex mutuo actiones quas non minùs cõdictiones dici quàm personales esse constat, bonæ fidei essent, quas tamen stricti iuris esse nemo negat. Sed neque verum est condictiones quæ sunt repetitiones nasci ex bona fide, cùm in iis nunquam de fide agatur, adeóque competant illæ interdum etiam contra eum cum quo nihil penitus gestum est, vt in *dict. l. si & me & Titium*, Illud certè verum est dari condictiones istas omnes ex æquitate. Sed nõ bene ex eo inferas: Dari ergo illas ex bona fide. Latiùs enim patet æquitatis, quàm bonæ fidei nomen. Quicquid ex bona fide est, idem æquum quoque est: At non è conuerso, quicquid æquum est, idem ex bona fide esse dici potest, siquidem de bona fide vel de perfidia tractari non potest nisi inter consentientes, & quorum vterque vel alter saltem alteri aliquid promiserit, De æqui-

tate

tate verò etiam contra ignorãtem nullóque penitus gesto negotio, vt in *d.l.si & me & Titium*, Atquin Vlpianus *in dict. l.2. §.1. de precar.* non ait actionem præscriptis verbis quæ datur ex causa precarij nasci ex æquitate sed ex bona fide. Nõ igitur accommodata & sufficiens est illa Cuiacij interpretatio, vt perinde sit, acsi scriptum esset nasci eam ex æquitate, & tacito negotio potiùs quàm ex negotio gesto, Exemplo condictionum quarum nulla nascitur ex bona fide, licèt omnes nascantur ex æquitate. Illud verò longè absurdius fuerit, si quis putet hanc præscriptis verbis actionem dictam fuisse à Iuliano condictionem *in d. l. duo in solidum in fin.* eo sensu quasi sit repetitio, & eodem iure censenda quo cæteræ condictiones quæ sunt repetitiones. Cùm enim is qui rem suam precario concessit remaneat dominus, Certum est neminem posse hoc sensu rem suam condicere nisi à fure *l.vlt. in fin. D. vsufr. quemad. caueat. §. sic itaque. Inst. de action.* Quòd si dicas non valde differre à fure illum qui rem alienam sibi precario cõcessam nolit restituere, cùm furtum faciat à quo instanti eam incipit contrectare inuito domino, non minùs quàm si ex causa commodati eam teneret, quemadmodum in præcedentibus disputauimus, Replicabo, Fore igitur hanc condictionem furtiuam non præscriptis verbis, Cùm tamen Iulianus apertè loquatur de ea condictione non quæ sit furtiua, sed quæ possit etiam dici præscriptis verbis, Quo tamen nomine furtiuam condictionem nemo vnquam vocauit. Sed & de incerti condictione nominatim loquitur Iulianus, Ergo non de condictione furtiua, quæ semper certi condictio est *leg. certi condictio 9. §.1. D. de reb. credit.* Sicut & alia condictio quælibet certi condictio esset, per quam certa res precariò concessa repeteretur *dict. l. certi condictio in princ.* Cùm igitur de incerti tantùm condictione Iulianus senserit, non potest de ea condictione intelligi per quam res ipsa precariò concessa petatur & repetatur. Imò verò dicendum potius est, Incerti condictionem ideò dictam à Iuliano quòd non detur nisi ad id quod interest concedentis, Quod ipsum semper incertum est, quia quatenus cuiusque interfit in facto, non in iure consistit, vt habet iuris regula *leg. quatenus 24. de reg. iur. leg. vlt. D. de prætor. stipulat.* Indéque nimirum petenda est, ni fallor, conciliatio quam nos quærimus Pauli, cum Vlpiano. Nam quod Paulus scribit ideò fuisse propositum à Prætore interdictum De precario, quòd nulla iure ciuili actio esset eo nomine, Ita sanè accipi debet, vt actio nulla sit iure ciuili comparata ad eum ipsum finem, ad quem comparatum est interdictum De precario, id est ad auocandam rei precariæ possessionem. Nam quæ datur præscriptis verbis actio, non ad rei ipsius precariò concessæ, sed ad eius quod interest persecutionem respicit, ideóque incerti condictio dicitur non certi, Potest autem fieri vt qui rem precariò concessit, eam habere malit, quàm quod sua interest consequi: Æquissimum igitur fuit adeóque necessarium dare illi interdictum quod eiusmodi actionis deficientis vice esset. Exemplo eius quod scriptum est *in leg. 1. D. commun. diuid.* fuisse necessariam actionem Communi diuidundo etiam inter socios, quòd actio Pro socio magis ad præstationes personales comparata sit, quàm ad rerum communium diuisionem. Dices, competiisse ex ea causa vindicationem ei qui precariò dedisset, tanquam alij domino cuilibet, quod & alius ille Pauli sententiarum locus probat, sumptus ex *lib. 5. Tit. 6.* quem nos in superioribus explicauimus, Per quam actionis speciem perinde auocatur possessio atque per interdictum, Hac sola differentia quod auocatur iure dominij *leg. qui petitorio 58. D. de*

Digitized by Google

rei vindic. Sed nemo nescit quàm incommoda sit rei vindicatio quę scilicet exigit certam & concludentem dominij probationem, Ea verò difficillima plerunque est *l.is qui destinauit 24.eod.§.commodum Inst. de interd.* Deinde quid si rem alienam precario quis concesserit? Nam & hoc fieri posse docuimus in pręcedentibus, *Ex l.sed etsi 7.D.de precar.* Nemo vtique dixerit competere hoc casu vindicationem, Nec eo minùs tamen interesse illius qui dedit, vt rem ipsam recuperet potiùs quàm pecuniam pro taxatione eius quod sua interest, Vel ob hoc saltem vt ipsam quoque rem possit restituere domino à quo fortè illam habet. Non igitur potuit sufficere vindicatio ei qui siue suam, siue alienam rem precario dedisset, Non magis quàm actiò præscriptis verbis, quæ non datur nisi ad id quod interest. Proinde necessarium fuit interdictum De precariis quod actionis ciuilis defectum suppleret, ad rem ipsam recuperandam, & cuius beneficio tantundem consequeretur actor, quantum commodator à commodatario per actionem commodati: Ex quo etiam moueor vt addam quod nescio an adhuc quisquam dixerit, In hoc interdicto De precario, si res non restituatur permittendum ei esse qui precario dedit vt iuret in litem, Perinde atque permittitur iurare in actione cõmodati & depositi & similibus bonæ fidei iudiciis, quoties ab eo, qui rei dominus est exercentur *leg.3.§.in hac D.commod.l.in actionibus 5.D.de in lit.iur.l.1.§.in depositi 26.& l.ei apud quem 5.D.deposit.* Nempe quia licèt in cæteris interdictis generaliter verum sit, in litem nunquam iurari, vt nos pluribus ostendimus, aduersus omnium interpretum & ipsius quoque Triboniani sententiam *lib.16.Coniectur.cap.vltim.* hoc tamen interdictum de precario specialem quandam naturam habere videtur, tam differentem à cæteris, quàm similis illa est actioni commodati, perinde atque precarium commodato simillimum est *l.1.D.de prec.* Nam vt in actione commodati, sic & in hoc interdicto De precario agitur de fide rupta, Et quemadmodum qui rem suam commodauit si agat commodati rem suam persequitur licèt actione in personam, Ita & qui experitur interdicto de precario, Nec magis æquum est vt qui precariò rẽ suam dedit cogatur eam iusto precio vendere, quod tamen eueniret, si pro re cogeretur accipere in pecunia quanti sua interesset, quàm vt is qui rem suam vel commodauit, vel deposuit, Scilicet cùm dolus interuenit, aut saltem lata culpa eius qui conuenitur, Quomodo necesse est alterutrum interuenire vt fieri possit locus interdicto De precario *l.quæsitum 8.§.illud adnotatur & §.& generaliter eod. tit. De precar.* Hæc verò omnia sunt quæ necessaria existimantur vt iusiurandum in litem deferri possit, & debeat *d.l.in actionibus 5.de in lit.iur. d. l. ei apud quem 5.Deposit.l.non enim 9.D.rer.amot.l.nec quasi 70. cum duabus praced.* iunct. *l.seq.D.de rei vindicat.* Quidni ergo in hoc interdicto De precario perinde iurabitur in litem, atque in actione commodati? Aut cur deterior eius condicio erit qui rem suam precario dedit quàm qui commodauit, cùm maiore vsus sit liberalitate? Aut cur melior caussa illius, qui dolo malo recusat rem acceptam precario reddere, quàm si commodatò accepisset? Cæterorum interdictorum longè dissimilis ratio est, In quibus scilicet nũquam agitur de fide rupta, adeóque nec de re ipsa, sed de sola possessione, & de eo quod actoris interesse potest ratione possessionis tantùm: Deducto in condemnationem non quanti res ipsa est, sed quãti possessio sola rei, vt probauimus *in d.c.vlt.ex l.3.§.vlt.D.vti possidet. l.in interdicto 6.D.vnde vi.* Planè in actione Præscriptis verbis quæ ex precarij causa datur, licèt ex bona fide oriatur, & contra eum competat qui fidem rupit, Nemo tamen dixerit iurari debere in litem, quia per eam actor non rei suæ restitutio-

ſtitutionem perſequitur, ſed rectâ & immediatè quanti ſua intereſt, Quod quoniam ſemper æſtimatur pecunia in quam non cadit adfectio, nec iurari eo nomine in litem poteſt *l.3.D.de in lit.iur.*

ERROR SEPTIMVS.

De habitationis gratuita precario & commodato.

POMPONIVS ſcribit *in l.& habet 15.§.1.D.de precar.* Hoſpites & eos qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelligi precariò habitare. Quod tamen quem ſenſum quámve rationem habeat nō facile eſt ex interpretum commentariis intelligere. Accurſius enim quem Bartolus & cęteri omnes ſequuntur, vt ſolēt, quoniam nec ferè vnquam melius aliquid habent quod dicant, hoſpitum appellatione duo genera hominum ſignificari ait: Vnum eorum qui in aliena domo habitant titulo conducti, qui & *inquilini* magis proprio & ſpeciali nomine vocantur, Alterum eorum qui ad cauponā diuertunt, & à cauponibus recipiuntur, gratuitò quidem, quantum ad habitationem, inquit, ſed interueniēte pecunia pro comeſtibilibus & lecto. Vtroque porrò ſenſu negat Accurſius hoſpites precariò habitare, Inquilinos quidem, quoniam poſſident ex titulo conductionis, qui multum diſtat à precario, cùm niſi pecunia & mercede interueniente conductio nulla ſit, Precarium verò gratuitū eſſe debeat, Eos verò qui in caupona recipiūtur, quia licèt nihil pro habitatione pendere intelligātur, vt proinde videri quodammodo poſſint gratuitam eam habere, non tamen ideò recipiuntur vt in ea habitent, ſed potiùs vt victum & ſomnum capiant, magiſque in domo detineri, quàm domum detinere credendi ſunt. Eos verò quibus habitatio gratuita expreſſim conceſſa ſit, qui hoſpitum appellatione neutro ſenſu continentur, & quorum tamen æquè mentio fit à Pomponio, vt nō magis quàm hoſpites precario habitare videantur, Idem Accurſius ait, ideò non habere precariam habitationem, quod commodati potiùs titulo habitationem teneāt, ob idque commodati etiam actione teneantur, *ex l.1.§.1.in fin.D.commod.* vbi tamen nihil aliud ſcriptum eſt niſi quod Vlpianus refert Viuianum ſcripſiſſe, non tantùm res ſoli & immobiles perinde ac mobiles, ſed etiam habitationem cōmodari poſſe. Ex quo ſanè, vt exordiamur, non poſſum videre qua ratione Accurſius inferat quòd probare vult, Habitationem gratuitam precariò dari nō poſſe, Alioqui eodem argumentandi genere probauerit, neque res mobiles, neq; res ſoli precariò dari poſſe, quia tam has quàm illas commodari poſſe, eodem loco Vlpianus ſcribit. Quaſi verò aliquid obſtet quominùs ea quæ commodari poſſunt, etiam precariò dari queant: Çùm tamen in cæteris ferè omnibus precarium ſit ſimile commodato *leg.1. D.de precar.* Plus puto, latiùs patēre precarij quàm commodati cauſam, ita vt quicquid commodari poteſt, idem & precariò dari poſſit, at non è conuerſo commodari poſſint omnia quæ precario concedi poſſunt. Nam & ea quæ in iure conſiſtunt precario dari poſſe conſtat *d.l. & habet 15.§.precario.* Cùm precariò habere videatur quiſquis poſſeſſionem alicuius ſiue corporis, ſiue iuris adeptus eſt ex hac ſolummodò cauſa, quòd preces adhibuerit, & impetrauerit vt ſibi poſſidere, aut vti liceret, Veluti ſi me precariò rogaueris vt per fundum meum ire vel agere tibi liceat, Vel vt in tectum aut in

Digitized by Google

aream ædium mearum ſtillicidium, vel tignum in parietem immiſſum habeas *l.2.§.vlt.& l.3.eod.* Quæ tamẽ omnia nullibi ſcriptum reperias commodari poſſe: Cúmq; inter ipſos quoque veteres prudẽtes dubitatum ſit, An commodari poſſint res ſoli, Labeone id negante, Caſſio verò cuius ſententia præualuit, cõtrà adfirmante *dict. l.1. §.1. commod.* Quis credat conſenſiſſe omnes illos in eo, vt etiam iura commodari poſſent? In quibus nimirum longè maior ratio quàm in rebus ſoli & immobilibus facere videbatur ne commodari poſſent. Cùm enim commodatum ex eo ſit genere cõtractuum qui re perficiuntur *l.1.§.is quoque cui D. de oblig. & action.* id eſt rei traditione, tradi autem iura & res incorporales non poſſint quia nec tangi poſſunt *l.1. §.vlt. D. de rer. diuiſ.* conſequens certè eſt vt in iis quæ conſiſtunt in iure, conſiſtere commodatum non poſſit, Præſertim verò ſi de iis agamus quæ per conceſſionem ita incipiant iure ſubſiſtere, vt antea nullomodo eſſent in rerum natura, Quemadmodum euenit in exemplis illis quæ retulimus ex *leg.3. De precar.* Nam cùm tibi concedo vt per fundum meum ire agere tibi liceat non animo conſtituendæ ſeruitutis, ſed temporariæ liberalitatis erga te exercendæ gratia, Aut vt ſtillicidium in tectum, vel in aream ædium mearum, aut tignum tuum in parietem meum immiſſum habeas, Sunt hæc omnia eiuſmodi vt tamdiu duntaxat iure ſubſiſtant, quandiu durat conceſſio, Et ſicuti ante conceſſionem non erant in rerum natura, Ita & reuocata vel finita conceſſione in rerum natura eſſe deſinant, Finito quippe iure cuius ſolius poteſtate ſubſiſtebant. Quomodo igitur fieri poteſt vt commodari poſſint? Siquidem commodati natura & condicio præcipua illa eſt vt finito commodato eam ipſam rem quæ commodata fuit, reſtitui oporteat *dict. §. is quoque cui*, Itémque vt durante commodato & poſſeſſionem & proprietatem rei commodatæ retineat is, qui commodauit *leg. rei commodatæ 6. D. commod.* Quomodo autem fieri poteſt vt commodatori reddatur id quod ipſe ante commodatum nunquam habuerit? Aut vt penes commodatorem remaneat & proprietas & poſſeſſio illius iuris quod ante conceſſionem nullum fuerit, quódque tale ſit vt conceſſione finita rurſum neceſſe ſit euaneſcere? At precariò dari hæc omnia poſſunt, quia ad precarij conſtitutionem nihil aliud requiritur, niſi vt ex parte accipientis, preces interueniant, Ex parte verò concedentis vt liberalitatem aliquam exercere velit in accipientem, tamdiu duraturam quandiu non fuerit reuocata *dict. l.2. §. vltim.* Quid verò intereſt, quantum ad liberalitatem exercendam pertinet, an concedam tibi vti ea re quæ iam antea fuerit mea, An eo iure quod nec meum adhuc fuerit, nec tuum? & quod reuocata liberalitate nec tuum, nec meum futurum ſit? Sufficit verò ad conſtituendum precarium, vt vtilitatem aliquam & commodum adferre poſſit accipienti, ſiue vſus, ſiue poſſeſſionis alicuius: nec aliud quicquam exigitur, In quo manifeſtè differt à commodato. Sicut & in eo quod cùm nullomodo poſſideat commodatarius, ſi de vera poſſeſſione intelligas quæ diſtincta ſit ab aſinina, vt vocant, detentatione *l. officium 9. in fin. D. de rei vindicat.* Is tamen qui precariò rogauit, verè poſſidet ſi modò rogauerit non vt in poſſeſſione tantum eſſet, aut moraretur, ſed vt poſſideret, Siquidem id ipſum ei conceſſum intelligitur, quod rogauit ſibi concedi *leg. ſi quis ante 10. §.1. D. de acquir. poſſ.* iunct. *leg. 4. §.1. leg. certè 6. §. is qui rogauit, & dict. l. & habet 15. §. eum qui D. de precar.* Quò etiam pertinere videtur, quod Iauolenus *in l. interdum 21. D. de acquir. poſſ.* poſtquam dixit, Interdum eius rei poſſeſſionem cuius ipſi non habemus alij tradere nos poſſe, Subiicit enim exemplum, non in commodato, de quo tamen ſolo in

lege

lege præcedenti actum fuerat, sed in precario *veluti*, inquit, *cùm is qui pro herede rem possidebat antequàm dominus fieret, precariò ab herede eam rogauit.* Nec enim idem exemplum ad rem commodatam aptari posset, quia cuius rei possessionem non habeo, eam rem tibi commodare, & ex ea causa tradere non possum. Heredem porrò certum est, non priùs possidere res hereditarias, quàm corporalem earum possessionem nactus sit *l.cùm heredes 23.eod.tit.* At precario concedere quis potest etiam id quod non habeat, penes se, si modò tale sit, cuius possessionem adprehendere posset si id mallet, Adeóque id quod nec habeat ipse nec habere vnquam possit, si modò ex eius voluntate commodum ex eo aliquod accipienti acquiri possit, vt in exemplis illis quæ attulimus, de seruitute precariò constituta. Nemo enim rei suæ seruitutem aut habet aut habere potest, cùm nemini res sua seruiat, nec seruire possit *l.in re communi 26.D.vrban.præd.l.vti frui 5.D.si vsusfr.pet.* Indéq; videtur dubitandi causa prudẽtibus antiquis nata fuisse, cur non omnes consenserint vt habitatio commodari posset: Cùm habitationem pro seruitute personali haberent, quæ vsui esset simillima *l.si quis vnas 32.D.de vsufr.l.si habitatio 10.D.de vsu & habit.* Certum autem esset alias seruitutes neque commodari si iam constitutæ sint, neque cõmodatò constitui posse quamuis possint precariò constitui, non etiam quæ iam constitutę sunt, dari precario, Vt disputauimus *lib.19.Coniect.c.7.* Et verò quamuis Viuianus in ea fuerit sententia vt crederet habitationem commodari posse, ad id fortasse respiciens, quòd habitatio in facto magis quàm in iure consistere videatur, vt scriptum est *in l.penult.D.de capit.minut.* Eam tamen sententiam non omnibus prudentibus placuisse ex eodem ipso Vlpiano intelligimus, qui licèt supradictam Viuiani opinionem referat *in dict. l.1.§.1.commod.* & *in l.si gratuitam 17.in princip.D.de præscr.verb.* quæ sumpta est ex eodem Vlpiani libro 28. ad Sabinum, Non tamen probat quod idem Viuianus putabat, Vt qui habitationem gratuitam alicui dedit, commodati eo nomine agere possit, Sed tutius esse ait vt præscriptis verbis hoc casu agatur *in dict. l.si gratuitam*, Ad effugiendum scilicet periculum malè institutæ, electæque actionis, Cùm non constaret inter prudentes an habitatio esset ex earum rerum genere, quæ commodari possent: Verum enim illud est nec ab Vlpiano, aut alio vllo improbatum quod Labeo dicebat, Inter vtendum datum, & commodatum tantùm interesse quantum inter genus, & speciem, Vt non quicquid vtendum dari potest, ideò commodari possit, quamuis è contrario quicquid commodatur hoc ipso vtendum detur: Quo exemplo si quis dixerit Inter vtendum datum & precarium tantundem interesse, is certè, iudicio meo non errauerit: Latiùs siquidem patet vtendum datum tanquam genus, quàm precarium, cùm veluti suas species & precarium contineat, & commodatum. Sed non inde tamen fit, quin precarium latiùs quàm commodatum pateat, cùm multa dari possint precario quæ commodari non possunt. In quorum numero si Labeonem consuleres, poneret ille omnes res immobiles & soli: Quanquam malè, si Vlpiano cæterisque prudentibus credamus, à quibus ea sententia iampridem explosa fuit. Sed cùm de cæteris rebus quæ in iure consistunt nusquam scriptum legamus, quòd commodari possint, nihil causæ est cur hac parte à Labeonis traditione discedamus, distinguentis Vtendũ datũ à cõmodato, tanquã genus à specie, Dũ ne ex eo inferamus quod ille malè inferebat, Res ergo immobiles commodari non posse, quamuis vtendæ dari possint. Hoc verò cùm ita sit vt latiùs pateat

Digitized by Google

precarium quàm commodatum, nec tamen defuerint ex prudentibus, qui habitationem quoque gratuitam commodato dari posse dixerint, Illa semper dubitatio manet, Cur non ergo longè magis dari precario possit. Nã si quis pro Accursio dicat, Supposita Viuiani sententia pro vera, non posse gratuitam habitationem alicui concedi, quin hoc ipso commodata videri debeat, is vtique multò magis errauerit. Non enim sola vtendi concessio gratuita commodatum facit, sed ea demùm quæ certo vsu & tempore sic concluditur, vt ante tempus illud reuocari commodatum non possit. Alioqui si concessio illa gratuita nullo tempore coarctata sit, sed tota pendeat ex voluntate, & liberalitate cõcedentis, non commodatum erit sed precarium. Nam nec si aliam rẽ quamlibet, siue mobilem, siue soli ad certum tempus gratuitò concessam poneres, precarium tamẽ esset sed commodatum, Vt ergo differẽtia aliqua sit inter gratuitam habitationem, & cæteras res de quibus non ambigitur, quin precariò dari possint, Necessariò accipienda est Pomponij sententia quæ extat *in d. l. & habet §. 1.* de illo casu quo habitatio gratuita concessa sit non ad certum vsque tempus, sed ad voluntatem & arbitrium concedentis, Ita vt nec iis ipsis qui habitationem commodari posse putant possit videri commodata. Latet igitur hîc nescio quid occultæ rationis, quod nemo hucusque introspicere potuit, nemo certè explicauit. Videtur autem non modò Pomponius, sed tota etiam Iurisprudentia [non enim ex aliorum minùs quàm ex sua sentẽtia sic Pomponius scripsit] ita ius cõstituisse, vt habitatio gratuita precariò concedi nequeat, Propterea quòd cùm precarium non aliter constitui possit, quàm si eius non tantùm cõcessio, verùm etiam duratio tota pendeat ex concedentis volũtate, Absurdum sanè visum sit adeóque alienũ à publica vtilitate, vt in arbitrio & potestate alterius sit in singula momenta cogere habitatorem gratuitum, vt aliam sibi habitationem quęrat si fortè vno aut altero post concessionem die, vel etiam vna aut altera hora velit concedens liberalitatem suam reuocare, quod vtique pro suo iure facere posset, etiamsi maximè precarium valeret. Háncque sententiam & rationem cõtextus ipse verborum Pomponij suadere videtur. Nam postquàm præfatus est Interdictum hoc de precario habere summam æquitatem, vt eatenus quisque nostro vtatur quatenus ei tribuere volumus, statim subiicit veluti cuiusdã illationis loco, Hospites & eos, qui gratuitam habitationem accipiunt non intelligi precariò habitare, Quo hospitum nomine certè intelligit non inquilinos, aut habitationis commodatarios, sed omnes eos qui in domo amicè & gratuitò recipiuntur, cum domino ædium per aliquot dies commoraturi, quod fieri inter amicos solet, magísque distat à commodato habitationis quàm si habitatio alicui & gratuita, & separata concedatur. Quamuis non magis hoc quàm illo casu precarium aliquod constitutum videri possit, Est enim potiùs donatio cùm quis in alienis ædibus gratis habitat, Etiamsi ad certum tempus ea cõcessio facta sit *l. in ædibus 9. D. de donat.* vbi additur huius donationis commodum in eo totũ consistere quod mercedem nullam habitator præstat ꝓ habitatione. Quibus verbis Pomponius ostendit hũc habitatorẽ similiorẽ esse cõductori, quàm commodatario, licèt gratuita habitatio ad certum tempus ei concessa sit. Quod necessariò ponendum est, Alioqui nec inquilino similis esset, cùm non nisi pro certo tempore & locatio fieri, & merces deberi possit. Nam cùm habitatio cuique tam necessaria sit penè ad vitam quàm victus ipse aut vestitus, ita vt vitæ pars aliqua in habitando consistere videatur, ferè esset vt vitam ipsam ab alio habere

Digitized by Google

habere precariò dicendus esset, quisquis habitationem eo iure haberet, nullóque certo tempore limitatã. Longè magis quàm si victus & vestitus alicui precario concessus proponeretur. Victum enim & vestitum in singulos penè dies conquirere minùs incommodum minúsque molestum esset, quàm habitationem quotidie mutare, cuius non solùm perquisitio, sed & mutatio ipsa per se incommoda & damnosa esse solet: Quanquam habitationis exemplo illud quoque recipiendum esse non dubito, quamuis nullo quod sciam iuris loco scriptũ sit, vt vestimenta nõ possim sibi precario dare, aut mecum hodie prandendi vel cœnandi potestatẽ precariã facere, Ne in mea potestate futurũ sit reuocato statim precario nuditati te reddere, aut inter medias epulas à reliquo prandio te arcere: quod & ridiculũ esset & inhumanũ. Denique solus Deus ille est à quo precariam vitam & precarium spiritũ habere nos profiteri debeamus, Nec similis tantáque vlli homini in alium hominem potestas danda est. Ex quo intelligimus quàm verum sit quod nos in superioribus disputauimus contra Didacum Couarr. *lib. 3. Varr. resolut. c.* 15. Liberam esse cuiuslibet precarij reuocationem ad nutum concedentis, nec intempestiuè factam dici posse, licèt fiat statim & antequàm vllum ex precario commodum senserit is qui accepit, adeóque licet damnum potiùs ex eo sensurus sit ob importunam reuocationem. Nam si aliter iuris ratio ferret, Nihil certè causæ esset cur non & alimẽta vnius horæ & vestimenta precario dari possent, & ipsa quoque habitatio. Sic enim accipi precarium oporteret vt non priùs esset reuocabile, quàm alimentorum & vestimentorum, & habitationis commodum aliquod rogans accepisset.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & ratione l. Aquilius 27. De de donat. & retractata interpretatio & emendatio l. Lucius 32. eod.

PROFESSVS sum aliquando, numquam me vel faciliùs errare, vel infeliciùs, quàm cùm erroneas interpretum opiniones à nemine adhuc tẽtatas, habeo pro veris. Id verò mihi accidit manifestè, in duabus his legibus explicandis, quas ob eam causam cogor nunc, neq; pudet retractare. Nam cùm viderem ex interpretibus nostris dubitare neminẽ, quin sicut cæterarum ferè omnium rerum, etiam illarum, quæ commodari non possunt, ita etiam habitationis gratuitæ precarium possit consistere, necdum aduertissem animum ad id quod nos proxime disputauimus ex Pomponio *in l. cũ habet* 15. *§.* 1. *D. de precar.* Neque hospites, neq; illos qui gratuitam habitationem accipiunt, precariò habitare, Putabam responsum Scæuolæ quod extat *in l. Lucius* 32. *D. de donat.* quemadmodũ ad gratuitã habitationẽ pertinet, vt constat ex verbis illis epistolæ *Hospitio illo, quandiu volueris, vtaris superioribus diætis omnibus gratuitò*, Ita nec de alia gratuita habitatione posse intelligi quàm quæ precariò cõcessa esset: quæ cæterorũ interpretũ omniũ sentẽtia & interpretatio est, Collecta ex eo quod ponit Scæuola fuisse in epistola adiectũ *Idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notũ tibi facio*, Quasi ex iis verbis appareat concedentis illã fuisse mentẽ, vt ex sua voluntate concessio penderet: quod si nõ vnicũ, certè præcipuũ est ex quo precariũ æstimatur, Ideóque mirũ defendebam esse aliquid emendandũ in responso illo Scæuolæ, & pro eo quod scriptũ legimus *quandiu volueris* legendum potiùs *quandiu voluerim* quæ vulgaris formula precarij est, vt in eius qui concedit non in illius qui rogat voluntatem & ar-

bitrium conferatur, Et inde quoque petendam esse dicebamus rationem eius quod Scæuola respondet concedentis heredes mutare posse voluntatem, quippe quam & ipse concedens mutare potuisset, quomodo & Accursius, & post eum Accursiani omnes ratiocinantur: A quibus in eo solo dissentiebamus, quòd cùm illi precarium inducant ex postremis illis epistolæ verbis *idque te ex voluntate mea facere hac epistola notum tibi facio*, nobis magis placebat vt induceretur ex formula illa *quandiu voluerim*, Siue quod longè aliud sit te quid facere ex mea voluntate, Aliud verò ad arbitrium & nutum meæ voluntatis, quod ex ipsis quoque interpretibus nonnulli obseruarunt quos refert & probat Didac. Couarr. *lib.3.var.resolut. c.15.* Siue quod à precarij natura prorsus alienũ sit, vt permittam te vti re precariò concessa quandiu volueris, cùm alioqui non posset ex voluntate concedentis pendère, quod in accipientis arbitrium & voluntatem expressim collatum esset: Itaque non dubitabam quin & habitationis gratuitæ precarium in ea specie consisteret, Et aliud responderi à Scæuola debuisset, si precarium contractum non fuisset. Quod & Bartolus sensit ad *l. Aquilius Regulus 27.eod.tit.* vbi contrariam, quod prima facie videtur, sentētiam Papiniani cum Scæuolæ responso sic conciliat, vt dicat apud Papinianum tractari de donatione, apud Scæuolam verò non de donatione sed de precario, Et ob id mirum non esse quod Papinianus negat habitationis controuersiam iure factam Nicostrato ab heredibus Reguli: Scæuola verò contrà adfirmat concedētis heredes mutare voluntatem posse. Aliud, inquit, haud dubiè responsurus, si in ea specie fuisset donatio. Iam verò longè aliud mihi iudicium est, qui video de habitatione gratuita precariò concessa tractare Scæuolam ideò non potuisse, quia nec tale precarium vllum esse potest. Vt proinde frustra sit disceptare, Ex quibusnam epistolæ verbis inducendum sit precarium, An ex iis quæ interpretes nostri in hanc rem vulgo ponderant *ex voluntate mea*, an potiùs ex illis quæ nostra reponit emendatio *quandiu voluerim* pro iis quæ habet vulgata editio *quandiu volueris.* Cùm enim habitationis gratuitæ precarium nullum esse possit, consequens omnino est vt tam falsa sit nostrorum interpretatio quàm improbabilis nostra emendatio, Ac proinde, vt fatendum sit apud Scæuolã non minùs quàm apud Papinianum tractari de donatione, Nam in Papiniani specie factam fuisse donationem apparet euidentissimè ex verbis illis epistolæ Aquilij Reguli ad Nicostratum *Dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo:* & ex illis sequentibus *ideòque non videri donationem sequentis temporis irritam esse.* Neque verò dubitandum est, quin habitatio donari possit, vt & alia res quælibet, Cùm donari dicatur quicquid nullo iure cogēte cōceditur, vt habet vulgata iuris regula, Hactenus nimirum, vt mercedis remissio per donationem facta intelligatur *l.in ædibus 9.in princip.eod.tit.* An ergo admittemus dissensisse Scæuolam à Papiniano? Nihil minus. Ex eo namque quod nunc defendimus nullum fuisse precarium in ea specie de qua respondit Scæuola, nihil aliud inferre possis, nisi quod nos libenter admittemus, Tractare igitur Scæuolam de donatione. Sed illa tamen differentia inter Papiniani & Scæuolæ speciem superest quod Scæuola respondet de simplici donatione, Papinianus verò de remuneratoria, Sic enim scribit, Non meram esse donationem, sed officium magistri quadam veluti mercede remuneratum Regulum: Ita innuens non obscurè, futurum vt Reguli heredes donationem reuocare possent si pura & simplex non remuneratoria esset donatio: Hoc verò illud ipsum est quod Scæuola respon-
dit.
Digitized by Google

dit, Tantum abest vt Papinianus à Scæuola dissenserit. Illa igitur duntaxat quæstio superest, Qua ratione motus vterque respondere potuerit donationem simplicem & inter viuos factam à donatoris heredibus reuocari posse. Id enim est quod neque Accursius, neque Bartolus, neque alius quisquam ex interpretibus docuit, Et cuius ignoratione coacti sunt omnes dicere, non agi apud Scæuolam de donatione, siue simplici, siue remuneratoria, sed de concessione tantùm precaria, Non animaduertentes in ea specie de qua Papinianus respondit, nihil esse propter quod dici possit, si donatio remuneratoria non fuisset, eò magis futurum vt concessionem pro precaria haberi oporteret, quæ facta esset expresso, vt dixi nomine donationis, quod etiamsi non esset expressum, non eo minùs tamen donatio esset *d. l. in ædibus.* Nec tamen Papinianum dubitare quin eo casu reuocari à donatoris herèdibus posset: An quasi facta rectori & ei cui magna reuerentia debeatur, vt ridiculè Accurs. putat *ex leg. 1. §. prouincias Cod. de contr. iudic.* Aut quasi non insinuata cùm excederet summam quingentorum aureorum, vt idem Accurs. subiicit? Sed sunt ista omnia perabsurda licèt à cæteris vulgaribus interpretibus probata. Quid enim simile habet præceptor studiorum liberalium cum rectore prouinciæ vt donationem accipere nullam possit? Aut quomodo potuit Papinianus respicere ad sollemnitatem insinuationis, quæ à posterioribus tantùm Imperatoribus fuit introducta? Neque verò nos meliùs cùm in Coniecturis nostris scripsimus dubitandi rationem ex eo petendam esse, quòd donatio facta fuisset à Nicostrato iuuene, id est vt interpretabamur minore. Iacobus Cuiacius dubitationis difficultatem benè vidit, sed malè dissoluit. Refert enim totum hoc ad legem Cinciam quæ de donationibus lata est, earúmque licentiam restrinxit, & cuius potestate factum esse vult vir doctissimus, vt donatio ab aliquo facta ipsum solum donantem obliget, non etiam illius heredes, quominùs reuocare donationem possint si de iis nihil in contrarium dictum vel actum sit. Quod tamen totũ, ni fallor, commẽtitium est. Lex namque illa, cuius vix vlla vsquam mentio in libris nostris, sed tantùm in Caij Institutionibus, modum quidem donationibus imposuit, vt ille refert, sed circa quantitatem duntaxat ne vltra certam summam fieri possent, vt effrænata multorum liberalitas coerceretur, Non etiam vt quod ritè rectéque donatum esset, reuocari posset per heredes donatoris. Quidni enim ex donatione per defunctum facta sicut ex alio quolibet ipsius facto heredes teneantur? Aut cur iis permittatur ex hac causa potiùs quàm ex alia vlla venire contra factum eius, cuius personam ipsi repræsentent? Scio quibusdam placere donationem etiam inter viuos factam redire ad donatorem si viuo eo donatarius decesserit, Nisi heredibus quoque donatum proponatur. Sed præter id quod non caret ea res dubitatione, de qua tamen hîc tractare nihil attinet, longè difficilius est, vt donatio alicui facta ipsius heredes non obliget, quàm vt redeat ad donatorem præmortuo donatario. Nam cùm donationes siue remunerandi gratia, siue simpliciter factæ non aliam causam habere soleant, quàm fauorem personæ cui liberalitas acquiritur, nec fauor vllus esse possit heredis cuius persona semper incerta est *l. sciendũ est 79. De verb. sign.* faciliùs potest illud admitti vt donatarij heres de quo nihil in donatione dictum sit, non succedat donatario in re donata, cùm donatarius decessit viuo donatore. At vt donatio ab eo facta qui ius donandi habuit, ipsius heredes non obliget, difficilius certè est, & à mera veráque iuris ratione alienius. Cùm

Digitized by Google

ex qua persona lucrum quis sentit eius factum præstare debeat vulg. *leg. ex qua persona* 149. *De regul. iur.* nec magis contrà factum defuncti, quàm contra proprium venire cuiquā concedatur, *l. cùm à matre* 14. *C. de rei vind.* Puto itaq; probabilius dici posse quod nemo adhuc dixit, Ideò permissum esse heredibus donatoris mutare voluntatem in specie *d. l. Lucius*, & permittendum etiam fuisse in specie per Papinianum tractata *in d. l. Aquilius*, si donatio simplex non remuneratoria fuisset, quia eius rei donatio facta proponebatur, cuius dominium non in donatarium translatum fuerat, sed manserat penes donatorē. Nec enim ædium proprietatem donatam voluerat Aquilius Regulus, quod si factum esset certè voluntatem mutare non possent heredes donatoris quamuis non fuisset remuneratoria donatio, sed vsum duntaxat cœnaculi, Nec dominiū hospitij Lucius ille apud Scæuolam, sed vsum gratuitū superiorum diætarum; Quibus casibus certum est non solùm proprietatis & dominij causam donatione non contineri, quod pertinet ad ædes quæ donatæ non sunt: Sed neque quod ad cœnaculum ipsum & superiores domus diætas quarū habitatio gratuita donata est, Quia cùm & naturali & ciuili ratione superficies cedat solo *l. 2. D. de superfic.* nō est in potestate donatoris facere, nec si cœnaculum ipsum & superiores domus suæ diætas donaret, vt dominium vllum transiret ad donatarium, Multò minùs si non cœnaculū nec superiores diætas, sed vsum solum vel cœnaculi vel superiorum diætarum donauerit, vt in legibus quas nunc retractamus. Quo casu nihil aliud donatione contineri intelligitur, nisi merces illa quæ alioqui ab habitatore tanquam ab inquilino præstanda esset *d. l. in ædibus* 9. *D. de donat.* Proinde mirū videri non debet passum fuisse Nicostratum controuersiam habitationis ab heredibus Reguli apud Papinianum: Nec quod Scæuola respondit posse heredes donatoris prohibere, ne superiorum diætarū habitatione gratuita donatarius vteretur post mortem donatoris, etiamsi in donatarij voluntatem collata esset duratio donationis, iis verbis donationi insertis *quandiu volueris*, Cùm in vtraque specie ita facere heredes potuerint iure dominij, quod nec donator ipse per donationem amiserat. *d. l. 2. & l. 1. D. de superfic.* Dominium enim quod ad hæredem transit, non potest ab inuito eo discedere ne quidem ex contractu defuncti *l si ego* 9. *§. si res.* vbi est textus elegans *D. de iur. dot.* Idque adeò verum est vt si supra ædes quas possideo cœnaculum sit in quo alius quasi dominus moretur: Interdictum, Vti possideris mihi dandum sit, non ei qui moratur in cœnaculo, *l. 3. §. sed si supra D. vti possid.* vbi rationem Vlpianus ex Labeone reddit, quòd semper verum sit superficiem solo cedere. Qua de causa illud potissimum difficile in Papiniani specie videbatur, quonam remedio succurri posset Nicostrato aduersus Aquilij heredes à quibus controuersiam habitationis patiebatur, cùm donatio fuisset remuneratoria. Quasi absurdum foret ei dare interdictum contra proprietarios, quibus potiùs dandum esset si quis alius controuersiam possessionis facere vellet. Quo enim iure possis interdictum quod non nisi de possessione datur, ei accommodare qui non possideat, & aduersus eum ipsum, qui possidet? Quomodo in Publiciana solemus dicere, Quia possessori quasi domino datur, non posse illum dari contra dominum *leg. pen. D. de Public. in rem act.* Sed tamen concludit Papinianus, Nicostratum si expulsus ad iudicem veniat, defendendum esse ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur: quasi loco possessoris constitutus sit qui vsum cœnaculi acceperit. Cuius rationis non illam vim esse credendum est vt Papinian. probare

velit:

velit in ea specie valere donationem; Nam etsi iure vetere non aliter valere donatio poterat quàm si vel traditio vel stipulatio interuenisset; quarum neutra hîc interuenerat, Non stipulatio quæ scilicet per epistolam & inter absentes fieri non potest, Donatio autem per epistolam facta proponebatur: Non traditio, quia nec per epistolam traditio fieri potuerat, nec tradi poterat habitatio & vsus cœnaculi, tanquam tale quid quod neq; in iure, neque in corpore consistat. In proposito tamen non est quod traditionem requiramus, cùm donatio non corporis facta sit, adeóque nec iuris alicuius [quo casu patientia & vsus iuris esset pro traditione, ideóque & interdicta velut possessoria constituta sunt, vt contra Labeonem disputat Iauolenus *in l. vlt. D. de seruit. l. 3. in princip. D. de vsufruct.*] sed tantùm mercedis quæ alioqui pro habitatione præstanda esset *d. l. in ædibus* 9. *D. de donat.* Igitur eò tantùm hæc Papiniani ratio pertinet, Vt sciamus interdictum, aut potiùs exemplum interdicti hoc casu accommodandum esse Nicostrato etiam aduersus heredes donatoris, Non quasi magis aut veriùs ille possideat quàm heredes, qui sanè vniuersarum ædium vt domini sic & possessores sunt, Sed quia cùm esset factus quasi possessor accepto vsu cœnaculi, & quidem ex causa non temporali, sed perpetua quandiu ipse viueret, scilicet donationis remuneratoriæ, non debuit permitti heredibus donatoris, vt controuersiam ei facerent possessionis aut potiùs quasi possessionis quam ab ipso donatore accepisset, Sicut nec in specie *dict. l. Lucius* possent heredes donatoris prohibere donatarium donatione, si hospitij proprietas non sola habitatio gratuita donata fuisset, aut si sola quidem habitatio, sed ex causa remunerationis.

ERROR NONVS.

De emendatione d. l. Aquilius in versic. quod si expulsus.

AT difficile videtur intelligere quid sibi Papinianus velit iis verbis *ad exemplũ interdicti quod fructuario proponitur.* Quodnam enim, obsecro, interdictum illud est fructuario propositum, id est quod sit proprium fructuarij, & quo possit vti Nicostratus ad retinendam possessionem? An fortè interdictum Vti possidetis? Minimè. Est enim illud commune omnium qui possident rem soli, Et quamuis inter fructuarios quoque reddendum sit siue alter vsumfructum aut vsusfructus possessionem, alter verò possessionem soli sibi defendat, Siue alter vsum, alter fructum soli sibi tueatur, vt scriptum est *in l. vlt. D. vti possid.* quoniã naturaliter videtur solum possidere is qui soli vsumfructũ habet *l. naturaliter* 12 *in prin. D. de acq. poss.* Fructuario tamen non cõpetit interdictum illud contra proprietarium, quia non magis potest fructuarius negare proprietarium possidere, quàm intendere ius ei non esse in fundo fructuario ædificare, aut aliud quicquam facere, quamuis contra vicinum & extraneũ possit *l. 2. D. de oper. noui nunciat.* Itaque solum ei remedium superest vt vsumfructũ petat & vindicet *d. l. 2. & l. 1. D. si vsusfr. pet.* Proinde debuisset potiùs Papinianus scribere succurrendum esse Nicostrato vt in sua quasi possessione retineretur, ad exemplum interdicti, non quod fructuario sed quod superficiario proponitur, id est De superficiebus quod superficiarij propriũ esse ait Vlp. *in d.*

§. sed si suprà. Proximè namque accedit ad superficiarium is, qui ex donatione habet vsum cœnaculi in ædibus alienis, licèt nón sit verè superficiarius, quia superficiem ipsam neque conduxit, neque emit, neque ex donatione aut alio titulo accepit, sed superficiei vsum duntaxat, eúmque non à superficiario ipso, sed ab ædium domino constitutum, Ex qua causa certum est neque actionem in rē, quam Prætor dat de superficie, neque interdictum De superficiebus competere posse, Neutri enim locus est nisi in fauorem superficiarij, aut illius qui ius habeat à superficiario, Nec sanè dubito quin ita fuerit responsurus Papinianus, si Nicostratus de retinenda tantùm sua quasi possessione contendisset: At quia tractat eum casum quo fuerit expulsus, Sicuti de interdicto Vti possidetis intelligi non potest, ita neque intelligi posse videtur de interdicto de superficiebus quod superficiario proponitur ad exemplum interdicti Vti possidetis: An ergo de interdicto Vnde vi quod non solùm vtile est fructuario, sed etiam necessarium quoties is siue à proprietario ipso siue ab alio deiectus est *l. 3. §. vnde vi & seqq. vsque ad fin. l. si plures 9. §. 1. D. vnde vi.* Sic Accursius noster credidit, Nisi quod vtile vult esse interdictum illud Vnde vi quod competit fructuario etiam contra proprietarium, quod tamen verius est directum esse, Quandoquidem directum illud competit omnibus, qui deiecti sunt *l. 1. §. deiicitur & pass. eod. tit.* In quo numero est fructuarius quem constat, vt diximus, naturaliter possidere, Sed ne interdictum illud accommodari possit Nicostrato, illud obstat quod competit ei duntaxat cui vel vsusfructus vel vsus ex quacunque causa constitutus est, vt ait *d. l. 3. §. item si non vsusfructus.* Nos autem de illo agimus, cui neque vsusfructus, neque vsus ædium constitutus sit, sed cui tantùm donata habitatio gratuita, citra constitutionem vllam seruitutis personalis. Non enim ob id solum quod permittam tibi vt re aliqua mea vtaris, continuò seruitutem vsus cōstitutam fuisse putādum est, Scilicet quia vsus cùm sit seruitus ius est, Vti verò, est facti, *l. 1. D. quand dies vsusfr. legat. ced.* Et qui ex domini permissione in alienis ædibus habitat, iisque vtitur, non tā seruitutē vsus quàm mercedis remissionem ex donatione accipere intelligitur, Hoc enim solum capere videtur, quod mercedem pro habitatione nullam soluit, quam soluere vtique deberet si inquilinus esset *d. l. in ædibus 9. D. de donat.* Vt proinde non magis vsuarius dici possit ille cui permisi habitare in meo cœnaculo eóque vti, vt in *d. l. Aquilius*, quàm si inquilinus meus esset, quod interpretes quoque nostri post Accursium omnes admittunt. Cùm igitur interdictum illud Vnde vi accommodari Nicostrato non possit, neque directum, neque vtile, An dicemus actione ordinaria debere illum experiri ad recuperandam possessionem à qua fuerit expulsus? Atqui non de possessione perinde ac de proprietate actiones ordinariæ exerceri possunt, id est solito iudiciorum more, & accepto iudice à Prætore, Nec si interdicti auxilium deficiat, Alioqui vsus interdictorum necessarius non fuisset, Nec ad rem facit, quod non de Prætore Papinianus loqui videtur, sed de iudice dato, illis verbis *Quòd si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem*, Non enim debent accipi de iudice quem Prætor dederit, prout dare olim solebat in causis omnibus quæ iure ordinario expediebantur *leg. 2. Cod. de pedan. iudic.* Sed de Prætore ipso, vt infra dicemus. Porrò non illam esse Papiniani sententiam vt putet in hac specie locum esse interdicto Vnde vi aut actioni vlli quæ dari debeat Nicostrato ad recuperandam possessionem. Apparet ex eo quod non ait expulsum Nicostratum esse restituendum [quod proprium verbum est interdicti Vnde vi propositi fructuario & aliis expulsis ac deiectis omnibus] Sed esse

esse defendendum, scilicet tanquam reum, cui controuersiam faciebant heredes donatoris quasi donatio irrita esset, sequentis temporis, id est pro toto eo tempore quod Reguli mortem secutum fuisset. At in quo defendendum? An in sua possessione, Verùm ineptum hoc videtur cùm ponamus amissam fuisse à Nicostrato possessionem à qua fuerit expulsus? Essétque in possessionem suam restituendus hoc sensu, non defendendus, An potiùs in eo iure, quod fuit ei quæsitum per donationem, Vt nimirum iudex à Prætore datus aut Prætor pronunciet validam esse donationem, nec magis ab heredibus Reguli quàm ab ipso Regulo reuocari potuisse: Hac enim pronunciatione illud etiam per consequentias continebitur, vt perinde liceat Nicostrato habitare in illo cœnaculo post mortem Reguli, atque antea habitabat. Et ita licèt nihil de possessione restituenda pronuncietur, sua tamen quasi possessio ei restituetur, in executione iudicati, quemadmodum eueniret si quis alius cui interdictum restitutorium competeret ad possessionem recuperandam, mallet agere de proprietate & dominio, proposita rei vindicatione. Nam & per vindicationem non minus quàm per interdictum actor consequitur, licèt alia via vt sibi res restituatur, *l. qui restituere 68. D. de rei vindicat.* Et quidem cum omni causa, id est cum fructibus post litem contestatam perceptis, Vt proinde parum intersit videatur an qui expulsus est vincat interdicto, an rei vindicatione, Nisi quod in interdicto Vnde vi fructuum ratio habetur ex quo quis deiectus est *leg. 1. §. ex die 40. D. vnde vi,* At in rei vindicatione ex die tantùm litis contestatæ *l. præterea 20. De rei vindic.* Verùm huic interpretationi illud obstat, quod Papinianus vult defendendum esse Nicostratum tanquam possessorem constitutum: & ad exemplum interdicti, cum quo tamen nihil commune habet quæstio iuris & proprietatis *vulg. l. naturaliter 12. §. nihil commune D. de acquir. poss.* Ad quid enim prodest quærere an Nicostratus quasi possessor factus sit accepto vsu cœnaculi, si neque restituendus sit, quasi expulsus à possessione, neque defendendus quasi possessor? An quia, vt iam attigimus, nulla interueniente stipulatione quæ nec fieri per epistolam potest, non aliter valeat donatio quàm si traditio intercedat aut aliquid quod sit vice traditionis? Atqui de corporum donationibus id intelligi debet, aut etiam iurium, quorum illa quidem verè tradi possunt, hæc verò quasi tradi vt suprà diximus. At donatio, quæ ex gratuita ædium alienarum habitatione conceditur non est huius generis, cùm neque corporis neque iuris alicuius translatio fit, sed tantùm remissio mercedis, quam alioqui habitator pendere tanquam inquilinus deberet, quemadmodum scribit Pompon. *in dict. leg. in ædibus,* vbi ad hanc ipsam obiectionem tacitè respondere videtur iis verbis *Potest enim & citra corporis donationem valere donatio,* Addito etiam exemplo *veluti,* inquit, *si donationis causa cum debitore meo paciscar ne ante certum tempus ab eo petam.* Quo tamen exemplo etiam significat, donationem hanc valere quidem, sed ita tamen vt ex ea non possit competere actio, sed sola retentio, quia certum est pactum de non petendo ad actionem nõ prodesse sed tãtùm ad exceptionẽ. Nã neq; ex donatione perfecta per traditionẽ absq; stipulatione actio vlla donatario acquiritur, cùm iã possessor factus sit, sed tãtùm retẽtio ne ab alio inquietari possit. Quãuis hoc amplius iuris habeat, quod si post acquisitũ dominiũ possessionẽ amitteret vtiq; rei vindicãdæ ius tãquã dominus haberet, quod habere nõ pòt is qui per donationẽ dominus factus nõ est. At hic de quo agimus Nicostratus nõ potuit fieri dominus ex gratuitæ habitationis donatione, quia neq; id inter eũ & Regulũ agebatur. Actionẽ igitur nullã habere-

potest nec de proprietate nec de possessione, quãuis fuerit expulsus, Ac proinde necesse est vt ei succurratur tãquã reo, & iure defensionis, non aũt iure actionis & ob hãc solã causam disputationẽ illã institui an fact⁹ sit possessor necne, quia nõ alij quàm possidẽti dari potest retentio. *l. heres 21. ad SC. Treb. l. 1. D. de pign.* Hoc verò est quod explicatu sanè difficillimũ videtur in responso Papin. Quomodo aut quo iure possit defendi, cùm per viã retẽtionis ei cõsuli nõ possit qui possessor esse desiit. Augetur dubitatio ex postremis illis respõsi verbis *quasi loco possessoris cõstitutus, qui vsum cœnaculi accepit.* Quib. innuit Papinianus defendendũ esse Nicostratũ nõ ex ea causa quòd aliquãdo fuerit possessor, nunc verò nõ sit, sed eo iure quo succurri soleat ei qui possidet ad suã possessionẽ retinendã. Quasi etiã post expulsionẽ adiuuandus adhuc sit remedio aliquo retinendæ possessionis, perinde acsi adhuc possideret. Atqui certũ est inutile esse in eam rẽ interdictũ Vnde vi, & aliud quodlibet remediũ, quod velit quis inducere ad exemplũ illius interdicti, Per quod sc. solis deiectis succurritur, nec tãquã possessorib. sed tãquam deiectis, & qui desierint possidere. Ergo necesse est vt de alio interdicto Papinianus senserit quàm de interdicto Vnde vi, siue directum illud interpretari velis siue vtile. De alio, inquã, interdicto, quod etiã post expulsionẽ possit ꝓdesse expulso Nicostrato vt in sua quasi possessione retineatur: & cõsequẽter quod ei accõmodãdũ sit, nõ solùm tãquã actori, sed etiã quod magis mirũ est, tãquã possessori. Vbinã verò gẽtiũ tale aliquod, siue interdictũ, siue remediũ inueniemus? Non aliud certè quàm illud ipsum de quo iã aliquid attigimus quod Prætor proposuit De superficieb. Nã cùm sit illud introductũ exẽplo interdicti Vti possidetis, nemo dubitat quin & ad retinẽdę possessionis causã pertineat, & in corũ numero sit quæ duplicia appellãtur, ideò quod in ipsis vterque ex litigatoribus & actor sit & reus *d. l. 1. §. proponitur De superfic.* Vbi addit Vlp. Prætorẽ eo interdicto tueri eũ qui superficiẽ petiit. Vtitur verbo tuẽdi vt significet eo interdicto nõ aliud agere Prætorẽ, quàm vt superficiarium defendat in sua possessione, Et vtitur tamen verbo *petendi*, vt ostẽdat nõ eò minùs interdictũ illud cõpetere superficiario etiã ad agẽdũ, vt in sua possessione defendatur, licèt expulsus sit à proprietario. Nõ enim fieri potest vt non vincatur eo interdicto proprietarius qui superficiariũ expulit, siue vi, siue clam expulerit, cùm edicti verba illa sint *Vti ex lege locationis, siue cõductionis superficie qua de agitur, nec vi nec clã nec precariò alter ab altero fruimini, quominus fruamini vim fieri veto.* Ita fit vt qui expulsus est vincat, & tanquã actor, & tanquã reus, Quasi vicissim ipse cõueniatur ab eo, qui expulit, & quẽ ideò succumbere necesse est, quòd licèt possideat vi tamẽ aut clam possidet, Et quidem ab aduersario, cui proinde possessio illa nocere nullomodo potest, cùm non sit iusta, licèt sit vera *l. 1. §. vlt. & l. 2. D. vti possid.* Concludendum igitur est magnum subesse mendum in responso illo Papiniani, & pro *fructuario* legendum omnino esse *superficiario.*

ERROR DECIMVS.

De interdicto quod superficiario proponitur, De quo in d. l. Aquilius.

HVic sententiæ & emẽdationi nostræ cõsequens est, non de interdicto Vnde vi, aut Vti possideris quod vtrũq; fructuario cõpetit, sẽsisse Papinianũ, sed de interdicto De superficieb. quod superficiario specialiter propositũ est, Nõ quomodo interdictũ Vnde vi omnib. qui de

qui de possessione sua deiecti sunt, aut interdictum Vti possidetis omnibus qui solum possidet. Vnde est quod idē Vlp. ait *in d.l.3.§.sed si suprà Vti posid.* superficiarios si quando possessionē suā tueri velint vti proprio interdicto, Quod de fructuario nō perinde scriptū est vllo iuris loco, nec scribi potuit, Etsi.n. superiora duo illa interdicta Vnde vi & Vti possidetis, fructuario quoq; cōpetūt, nō sunt tamen fructuarij propria, nec ei proposita, sed communia, vt dixi, omnibus qui vel deiecti sunt, vt restituantur, Vel qui rem soli possident: In quo numero non sunt superficiarij qui solam superficiem possident iure suo, Multò minùs verò Nicostratus ille Papinianeus, quem constabat minùs iuris habere quàm superficiarium, cùm ei permissum duntaxat esset vti superficie & cœnaculo iure donationis concessa ei gratuita habitatione. Replicabis fortasse nostram & emendationem & interpretationem fore admittendam si de superficiario Papinianus ageret, ac de eo cui interdictum De superficiebus dari posset. At loqui Papinianum de illo qui non possit experiri interdicto, ac proinde quem necesse sit quasi actorem venire ad iudicem. Ergo proposita potiùs actione De quasi superficie, Quæ licèt eodem edicto inducta sit, quo interdictum ipsum De superficiebus, in hoc tamen differre videtur ab interdicto, quòd non sicut interdictum, ita & actio De superficie duplex est: Non quod non sint etiam actiones quædā duplices, & iudicia duplicia, in quibus vterque ex litigatoribus & actor est & reus *l. actionis 37. D. de oblig. & act. l. in tribus 13. D. de iudic.* Sed quia actio de superficie non est ex numero eiusmodi actionum, cùm non detur nisi causa cognita in quo differt ab interdicto *d.l.1. in princip. & §. quod ait prætor De superf.* Respondeo, Eam nimirum ob causam Papinianum respondere defendendum esse Nicostratum, si ad iudicem veniat, Non ad exemplum actionis de superficie, sed ad exemplum interdicti quod superficiario proponitur, Quia causæ cognitio quam Prætor adhibet in danda actione De superficie, tota in eo versatur vt nec alij quàm superficiario detur, nec rursum cuilibet superficiario, sed ei soli qui superficiem ad longum tempus conduxerit *d. §. quod ait Prætor.* Itaque propius erat & conuenientius, minúsque alienum à proposito Prætoris, vt Nicostrato succurreretur ad exemplum interdicti quod superficiario proponitur, quàm ad exemplum actionis De superficie, Præsertim cùm fieri non posset vt actionem vllam haberet ex ea donatione quæ nec per stipulationem facta fuisset, nec per talem traditionem aut quasi traditionem, ex qua translatum fuisset dominium, ad producendam rei vindicationem. At cùm non habeat interdictum, inquies, an non prorsus necesse est vt proponat actionem aliquam & quidē quæ sit simplex neque duplex vllomodo esse possit? Quo admisso quî fieri potest, vt defendatur tanquam reus qui post expulsionem non modò actoris partibus fungi, sed & verè actor esse cogitur? Respondendum est quod nemo obseruat, nō magis actione vlla quàm interdicto egere Nicostratum, vt aduersus donatoris heredes ius suum tueatur. Nam cùm sit verissimum quod prima huius responsi Papinianei parte continetur, non meram esse donationē quam Regulus in Nicostratum contulisset, sed officium magistri eiusdémque Rhetoris quadam veluti mercede remuneratum Regulum quasi cōpensatione facta mercedis quæ pro habitatione alioqui fuisset debita, cum mercede quæ Nicostrato debebatur, quòd is doctrina & eloquentia sua meliorem Regulum fecisset, consequens omnino est vt expulsus Nicostratus, neque interdicto, neque actione vlla indigeat, sed cognitionem Prætoris extraordinariā implorare possit, cui scilicet locus est quoties agitur de mercede præstāda præceptoribus stu-

Digitized by Google

diorum liberalium, in quo numero Rhetores primi continentur *l.1. in princip. D. de extraord. cognit.* Et ob id eleganter dixit Papinianus *si Nicostratus expulsus veniat ad iudicem*, quia non queamdmodum in ordinariis iudiciis differentia magna est inter ius dicentem & iudicem, cùm ius dicens sit magistratus qui dat iudicem *l.1. D. de iurisd.* iudex verò ille sit qui à magistratu datus est ad cognoscendum de facto, & ad pronunciandum, Ita in extraordinariis cognitionibus separatur iudex à ius dicente. Cognoscit enim ille ipse, qui ius dicit, & hoc ipso ius dicit, quod cognoscit. Sicut euenit etiam in interdictis, quæ cognitione prætoria, non iure ordinario expediuntur: Quæ res facit vt minùs videri mirum debeat, quod ait Papinianus, succurrendum esse Nicostrato ad exẽplum interdicti quod superficiario proponitur. Succurritur.n. vtroq; casu per Prętorẽ qui ipse cognoscit, & quem eadẽ æquitas mouere debet vt quasi superficiarium defendat qui constitutus sit, quasi possessor, quæ moueret vt verũ superficiariũ defenderet, si possessionis suæ controuersiã, aut ab ipso proprietario, aut à quolibet extraneo pateretur: Quid ergo si donationis controuersia Nicostrato fuisset facta priusquàm vsum cœnaculi accepisset? Non esset quærẽdũ de eo in possessione sua defendendo, quam nũquam habuisset: Neque rursus actionem vllam habere posset ex donatione, quæ nec per stipulationem, nec per traditionẽ aut quasi traditionẽ perfecta esset. Solum igitur auxilium illud ei superesset, vt cognitionem Prætoris imploraret ad solutionem mercedis sibi debitę ab heredibus Reguli extorquendam, vel eam habitationem accipiendo, quam Regulus ei gratuitam animo remunerandi dedisset, vel in pecunia si commodius id videretur. Hæc verò omnia malè Accursiani explicant qui de interdicto, Vnde vi Papinianum intelligunt. Malè etiam in eo quod distinguunt cum Bartolo an Nicostratus factus fuerit fructuarius ad possidendum cœnaculum naturaliter, an non, Vt priore casu succurratur ei per interdictum, Posteriore verò per officium iudicis, Locus sanè perdifficilis est & perobscurus, necdum à quoquam benè explicatus, quia nec quisquam ante nos vidit mendum quod suberat, Ex cuius tamen obseruatione petenda omnino fuit vera legis interpretatio. Nec veriorem aut elegantiorem vllam emendationem à nobis vnquam traditam fuisse arbitramur.

ANTO-

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXVIII.

ERROR I.

De condictione furtiua contra heredem furis, an in solidum an de eo tantùm quod ad ipsum peruenerit, danda.

REDIMVS ad tractatum De actionibus ex maleficio quæ habent rei persecutionem, Quem inchoatum iam inde ab *Error.4. Decad.* 76. interrumpi necesse fuit, nobis penè inuitis ob interiectum tractatum De precario. Quoniam autem huic quæstioni potissimùm causam dedit condictio furtiua, quam nos contra Iacobum Cuiacium defendimus iampridem in solidum dãdam esse aduersus heredem, Ex apertissimis verbis Vlpiani *in l.in condictione 9.D.de condict.furt.* æquum est vt & de condictione ista,& de supradictæ legis sententia latiùs disputemus,iisque omnibus quæ pro tuenda Cuiacij contra nos, imò cõtra Vlpianum sententia adferuntur,respondeamus. Primùm autem præfari cogor,Mirum videri mihi,quod qui contra nos scripserunt,obiiciunt moueri nos paucis rationibus,& lege vna,Cuiacium verò & melioribus rationibus,nec lege vna.Quidni enim sufficere nobis ad victoriam debeat vna lex quæ tam aperta sit,vt ad eam nihil responderi possit?Et vna quoque iuris ratio,quæ nec multiplex esse potest,non magis quàm veritas cùm ex Principiis iuris proficiscitur? Ita sanè est : Vno illo Vlpiani loco niti volumus, Et vnica illa ratione, quòd actiones quæ rei persecutionem continent ex vtraque parte tam rei, quàm actoris,licèt ex delicto nascantur, aduersus heredem tamen in solidum dentur, vt à nobis iam probatũ est *in dict. Decad.*76. At pro viro doctissimo quam illi legẽ nobis proferunt ex tam multis?& quam bonã rationem ex tot melioribus?Nullã certè legem quæ aut disertis verbis, aut æquipollentibus dicat, Condictionẽ furtiuam non dari in solidum contra heredẽ : Nullam quoque rationem iuris, quæ id ipsum possit vel à volente euincere. Et quod consequens est nihil habẽt iidem illi, quod ad Vlpianum, nihil quod ad rationem nostram respondeant, quod vel minimo leguleio facere possit satis. Imò verò in eas se angustias vltro coniiciunt, vt iuris principia violare cogantur, ne nihil respondere videantur. Ac priusquàm de noua quam ad Vlpianum afferunt interpretatione dicamus, & vt tantò clariùs appareat, quàm ridicula illa sit, de ipsa primùm ratione dispi-

Digitized by Google

ciamus. Non possunt isti negare quin verissimum sit, quod apertè scriptum est in *l. si pro fure 7. §. 1. & 2. eodem tit. De condict. furt.* Condictionem furtiuam non pœnam petere sed rem ipsam, reique persecutionem habere. Sed aiunt nihil aliud hoc esse quàm si quis diceret, Condictionem furtiuam nō destitui rei persecutione sed eam continere. Quæ phrasis, inquiunt, tantùm abest vt pœnalem esse neget, vt vel innuat satis, non esse condictionem hanc rei merè persecutoriā. Quasi quod dicimus huiusmodi cōdictione rē contineri, præsupponat aliquid esse cū quo sub vna actione persecutio cōtineatur. Et addūt, *si non cū pœna saltē cū delicto.* Ita fit, vt duo dicāt nō modò falsa & absurda singula, sed etiā inuicē pugnātia. Illud primùm, quod ante illos nemo vnquā dixit, nec Cuiacius ipse quē defendūt, initiò dicere ausus est, Cōdictionē furtiuā esse pœnalē: Alterū verò, Pœnalē actionē nō ex eo solo æstimari quod pœnā vel solā, vel cū re ipsa persequatur, sed etiā ex eo quod admixtā habeat causam delicti. Quod si ita est, Omnes ergo actiones erūt pœnales quæ ex delicto proficiscūtur, Et consequēter malè Iustinian. regulā illā iuris quā certissimā esse ait *in §. nō autē. Inst. de perpet. & tēpor. act.* cōcepit de actionib. ex maleficio pœnalibus, si omnes quæ ex maleficio dantur sunt pœnales. Et sanè si cōdictio furtiua ob id solùm pœnalis est quod detur ex delicto, fieri non potest vt exemplum aliquod proferatur actionis vllius ex delicto proficiscentis quæ nō sit pœnalis, Siquidē nulla prorsus est quę aut magis rei persecutionē cōtineat, aut minùs accedat ad pœnalē. Quòd si tam certum esset quod isti volunt, esse illā pœnalē quàm certum est quod nos admittimus nasci eā ex delicto *l. si ambo 10. §. quoties. D. de cōpēsat.* fatēdum esset ex supradicta illa certissima iuris regula, Nō igitur dari eam debere cōtra furis heredem, quod tamen disertè negat idem Vlpianus noster *in d. l. si pro fure 7. §. vlt. de condict. furt.* vbi nec aliam adfert huius sententiæ rationē, quàm quòd cōdictio rei furtiuæ habeat rei persecutionem. Quod etiamsi nemo diceret ipsum tamen condictionis huius nomen idipsum doceret. Non enim condictio tantùm furtiua dicitur, sed & condictio rei furtiuæ, vt appareat & ex furto nasci eā & non furti pœnam persequi, sed rem ipsam furtiuam. Nec dissimiliter Paulus *in l. ex furtiua 5. eod. ti.* Nunquam ea condictione alium teneri quàm eum ipsum qui furtum fecit aut heredem eius. Et Iustinianus *in §. vlt. De oblig. quæ ex delict. nascunt.* furti actionem ait, siue dupli sit, siue quadrupli tantùm ad pœnæ persecutionem pertinere. Nam ipsius, inquit, rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Quibus verbis cùm vindicationem condictioni hac parte comparet, an non apertè ostēdit cōdictionem furtiuam nō minùs esse rei persecutoriam, nec magis pœnalē quàm vindicationem? Sed multò apertiùs cùm subiicit hanc tamen esse differentiam inter vindicationem rei furtiuæ & condictionem furtiuam, quòd rei quidem vindicatio aduersus possessorem est, siue fur ipse possideat, siue alius quilibet, condictio autem aduersus furem heredémve eius licèt nō possideat, competit. Quod totum sumpsit ex Vlpiano *in d. l. si pro fure §. vltim.* vbi rem hanc latiùs, & dilucidiùs explicans, postquàm dixit condictionem rei furtiuæ, quia rei persecutionem habet, heredem quoque furis obligare, subiicit *nec tātùm si viuat seruus furtiuus, sed etiamsi decesserit.* Mox addit, *Sed etsi apud furis heredē diem suum obierit seruus furtiuus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condictionem aduersus heredem durare.* Quę posterior clausula probat necessariò sic accipiendum esse quod scriptum est in priore *sed etiamsi decesserit,* ac si additum esset quod nos omnimodo supplendum esse dicimus *viuo adhuc fure.* Subiiciuntur

iiciuntur namque in verbis sequentibus quasi noui & diuersi casus ij omnes quibus post mortē furis mortuus sit seruus furtiuus: Cùm necesse sit mortuum eum esse vel apud heredem, vel non apud ipsum, vt Vlpianus loquitur, quæ nō tam contraria, quàm contradictoria sunt. Et quidem de illo casu quo apud heredem decessisset, dubitari non poterat cùm viuentis, neq; heres, neque hereditas esse possit *l.1.D.pro hered.l.1.D.de hered.vel act.vend.* Sed de alio casu cōtradictorio quo defunctus esset furtiuus seruus non apud heredem furis, dubitari poterat, an ponendum esset decessisse seruum furtiuum viuo adhuc fure, an eo iam mortuo, si non addidisset Vlpianus quod hanc ob causam expresè addidit *post mortem tamen furis*: Ne dubitare quisquam posset quin priore clausula is nominatim casus comprehenderetur quo seruus furtiuus viuo adhuc fure decessisset. Hoc autem admisso, quis non videt condictionem furtiuam non solùm esse rei merè persecutoriam, sed etiam tanquam talem dari contra furis heredem, non de eo tantùm quod ad eum peruenit, sed & in solidum, quamuis ad eum nihil prorsus peruenerit? Quid enim peruenire potuit, furtiuo seruo ante furis mortem defuncto? Nisi fortè adhuc subtiliùs agere volent reprehensores nostri, & ex hoc ipso quod Vlpianus & Iustinianus scribunt dari condictionem furtiuam aduersus furis heredem etiamsi nihil possideat, inferre potiùs. Esse igitur illam pœnalem, Quasi non possit esse rei persecutoria contra eum, qui nec rem possideat nec dolo desierit possidere. Atqui si sic argumentari volent, implicabunt certè contradictionem. Nam si pœnalis ideò est quod detur contra heredem, qui neque furti successor, neque rei furtiuæ possessor est, Consequens fiet, vt ob hoc ipsum non debeat dari, quoniam pœnalis est, Rursus si dicamus dari eam non debere contra heredem, fiet vt nihil in ea sit, ob quod pœnalis dici debeat, Ac proinde vt ob hoc ipsum danda sit aduersus heredem furis & quidem in solidum quòd pœnalis non sit, Eritque hoc ex genere illo perplexorum & τῶν ἀπόρων de quibus tractat Africanus *in l.qui quadringenta* 88. *ad leg.Falcid.* Nam quicquid cōstitueris verum esse id falsum statim apparebit, Meliùs igitur Vlpianus & Iustinianus, Non ideo pœnalem esse condictionem furtiuam quòd detur contra heredem etiamsi neque possideat, neque ad eum ex furto quicquam peruenerit, Sed è contrario, Transire idcircò contra heredē etiam ad quem nihil peruenerit, quòd non pœnalis actio sit, aut in totum, aut ex parte, sed tota rei persecutionem contineat. Hinc apparet non vna lege nos niti, sed pluribus, & ad quas respondere aduersarij nihil possint, Nam illi ipsi qui tentant, frustrà licèt, eludere tam aperta Vlpiani verba quæ extant *in d.l.in condictione 9. De condict.furt.* nihil tamen respondent ad supradictos Vlpiani & Iustiniani textus, Nisi quod quasi nō videant defendūt apertissimè cōtrà quàm in iis scriptum sit, Et pœnalē esse condictionem furtiuam eo prætextu quòd in ipsa spectetur æstimatio temporis quo plurimi vnquam res fuit *l.in re furtiua* 8. *§.1.eod.tit.* Et morte furis eam interire, Adeò vt non eos pudeat adfirmare, Furtiua re ante furis mortem sic perempta, vt nihil ad heredē peruenire potuerit, heredem non teneri, Déque ea re duos esse textus expressos, Vnum *in d.l.si pro fure §.vlt.* vbi tamen contrarium disertissimis verbis probari iam ostendimus, Alterum *in l.sed non dantur* 10. *D.de tutel.& rat.distr.* de cuius sententia postea dicemus, Itaque quod vident nec possunt dissimulare tot aliis locis scriptum esse, Hac condictione teneri heredem, siue possideat, siue non possideat, Coguntur miseri sic interpretari, acsi scriptum esset, Siue post mortē furis vel momēto vno res furtiua cum effectu ad eum peruenerit ex *l.cùm Prætor* 127. *de reg.iur.*

Digitized by Google

aut condicio eius semel auctior facta fuerit *l. videamus* 17. *& seq. D. quod met. caus.* & posteà siue dolo malo, siue absque dolo desierit possidere *l. qui furtum* 16. *De condict. furt.* Siue peruenerit non cum effectu sed actione tantùm ei delata, vt *in l.* 4. *§.*1. *De solut. matr. l. vtrum autem* 23. *D. de hered. petit. l.* 2. *§.* 3. *D. de hered. vel act. vendit.* Atque ita excludunt casum illum quo res furtiua viuo adhuc fure in totum perierit, qui tamen primus, & præcipuus casus est quem Vlpianus complexus est *in d. l si pro fure §. vltim.* Eiusdem ingenij & subtilitatis illud est, quod cùm videant nec possint negare Condictionem furtiuam esse perpetuam *ex l. si mulier* 21. *§. pen. D. rer. amot.* Admittunt quidem ita esse, sed hoc sensu vt non sit annalis, & vt perpetuò non solùm furtum passo, sed & heredi eius similibúsque personis competat, sed & contra furem ipsum perpetuò eiúsque heredem quatenus ad eum peruenerit aliquid ex re furtiua. Certè parum acutè. Cùm enim tractamus de actione perpetua quæ transeat etiam contra heredem, Ita semper intelligimus vt perpetuò detur & in solidum non minùs aduersus heredem, quàm aduersus defunctum, non autem de eo tantùm quod ad heredem peruenerit. Nam & actiones ipsæ pœnales quas & anno finiri & morte extingui constat, non eo minus tamen durant, & extenduntur contra heredē si quid ex delicto defuncti ad eum peruenerit, vt turpe lucrum ei extorqueatur *l. in heredem* 5. *D. de calumniat. l. quod diximus* 16. *§. vlt. D. quod met. caus. & aliis sexcentis.* Sola excipitur actio Vi bonorum raptorum quam prætor noluit polliceri contra heredem raptoris, Ne quidem de eo quod ad heredem ipsum peruenit *l.* 2. *§. vlt. D. vi bonor. rapt.* vbi elegantem huius tam singularis exceptionis rationem hanc reddit quæ ad sententiæ nostræ confirmationem valde pertinet *quia putauit sufficere condictionem.* Sensus enim est nihil edixisse Prætorem de actione Vi bonorum raptorum danda cōtra raptoris heredē etiam de eo quod ad ipsum peruenisset, quia non modò superuacuum, sed etiam absurdum fuisset prætoriam actionem ei dare cui ciuilis competeret, quæ esset plenior, maiorisque effectus *l.* 1. *D. de Public. in rem act.* Nam qui potest per condictionem furtiuam solidum consequi ab herede raptoris, an non stultus esset si mallet agere prætoria actione De eo tantùm quod ad heredem peruenisset? Atqui mala esset ratio si condictio furtiua non daretur in heredem nisi de eo quod peruenit. Siquidem cæteris paribus, quæ ita essent paria, longè commodius esset rapinam passo, agere Vi bonorum raptorum quàm condictione furtiua: Cùm ad inducendam actionem illam prætoriam sufficiat probari rapinam, Ad causam verò condictionis furtiuę necesse prętereà sit etiam dominium probari, quando nec alij quàm domino competit hæc condictio *l.* 1. *D. de condict. furt. l. vlt. D. vsufr. quemad. caueat.* quæ dominij probatio plerumque difficillima ac penè impossibilis est *§. commodum. Inst. de interd.* Quod cùm à nobis tam apertè tractatum sit in Coniecturis, miror à nostris reprehensoribus sic fuisse prætermissum, vt putes eos non legisse.

ERROR SECVNDVS.

Ad l. sed non dantur 10. *D. de tutel. & Ration. distrah. Et de sententia ac emendatione l.* 5. *D. de condict. furt.*

IAm verò quod post Cuiacium afferunt ex *d. l. sed non dantur* 10. *D. de tutel. & ration. distr.* vt probent condictionē furtiuam morte furis interire, an non apertè commentitium est? Nam vt in Coniecturis documus verba illa Pauli *quamuis morte tutoris intereant* non ad alias actiones

actiones referri possunt quàm ad eas quæ sui natura tales sunt vt morte extinguantur, Cuiusmodi sunt actiones furti & damni iniuriæ de quibus in præcedente lege Vlp. locutus fuerat, non etiam condictio furtiua. Nec quod de furtiua quoque condictione idem Vlpianus egerat, cùm dixerat cæteras actiones præterquàm tutelæ aduersus tutorem competere, etsi adhuc tutelam administrant, potest facere vt lex sequens quæ alterius Iureconsulti est, recipiat ex alia interpretationẽ: nisi eam quæ cõueniat iuris rationi. Et sibi nimis euidẽter blādiuntur, qui vt cõtra nos sentiant, obiiciunt particulam *hæ* quasi Paulus scripserit *sed hæ non dantur* quod non ita est. In omnibus.n.codicibus prima legis verba hæc sunt *sed non dantur*, Et quamuis vtraq; lex Pauli esset aut Vlpiani, & vnico contextu scripta, non ideò tamen consequens fieret, vt iam ineptæ & stultæ interpretationi locus esse deberet. Sunt.n.semper supponẽdi termini habiles vt ipsi quoq; pragmatici iactare solẽt & verè. Atq; ita verba illa, *quãuis enim morte tutoris intereant* nõ ad omnes actiones referri deberẽt, de quibus antea dictũ esset, sed ad solas illas, quæ eius naturæ & conditionis sunt vt morte intereant, Acsi scriptũ esset, actiones illas de quibus *in §. vlt. l. præced.* nõ dari pupillo aduersus tutorẽ dũ is tutelam gerit ne quidẽ eas quę morte tutoris interituræ sint, de quibus tamẽ maior certè suberat ratio dubitãdi quòd secundũ eam sententiã magis periclitari pupillus videretur. Eiusmodi verò sunt actiones furti & dãni iniuriæ quia pœnales sunt, non etiã condictio furtiua, quæ, si qua vsquã alia, merè rei persecutoria est. Tãtóq; magis admittẽda est hęc interpretatio quãto certiùs nobis cõstat ex aliis Vlpiani & Pauli locis neutrum ex ipsis dubitasse quin cõdictio furtiua & rei persecutoria esset & perpetua, & ideò in heredẽ quoque in solidũ danda *d. l. ex furtiua & d. l. si pro fure 7. §. vlt. & 1. d. l. 9. D. de cõdict. furt. l. contra 6. §. si post l. si mulier 22. §. hac actio D. rer. amot.* Et verò quid absurdius, quàm rationẽ eandẽ facere condictionis furtiuæ quæ haud dubiè rei persecutoria est, & actionũ furti & dãni iniuriæ quas nemo dubitat esse pœnales *d. l. si pro fure 7. §. 1. De condict. furt. §. his autem verbis Instit. de leg. Aquil.* & tamen non eo minùs dari in heredem de eo quod ad ipsum peruenerit *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem D. ad leg. Aquil.* Quid rursum alienius à principiis iuris, quàm dicere, In quæstione illa De actionibus ex delicto & maleficio descendentibus an in solidum dari debeant contra heredem, illud tantùm inspiciendum esse quòd sint ex delicto, neque adhibendam distinctionem, An persecutionem rei contineant, an verò sint pœnales: Quanquam vt scopulum istum aduersarij effugiant in alium incidunt, affirmántque condictionem furtiuam & pœnalẽ esse & famosam. Nisi quod minùs audenter Cuiacius ait esse quasi pœnalem, & quasi famosam. Ad libr. 11. quæst. Papin. *in l. 5. D. rer. amot.* Quod quia vult ille probare quatuor rationibus ex professo in eam rem adductis, quibus alij quintam addunt, dicendũ nobis de eo erit latiùs & separatim in sequentib. Itémq; de actione rerũ amotarũ, quæ præcipuam errãdi ansam iis præbuit, quòd videant similẽ illã esse ferè in omnibus condictioni furtiuæ, nec tamẽ dari eã in heredẽ nisi de eo quod peruenit *l. vlt. C. rer. amot.* Illud tantùm hîc addẽdũ superest malè Cuiaciũ, & eius exẽplo cæteros nobis obiicere quod scriptũ est de patre, Non teneri eũ ex furto filiifamilias nisi de eo quod ad se peruenit *l. 3. §. pe. D. de pec. l. 3. §. vl. rer. amot.* Quasi eadẽ heredis cõdicio esse debeat quæ patris: quod certè non ita est. Nã vt ostẽdimus in Cõiecturis ex furto filiifamilias pater nõ tenetur cõdictione furtiua, quomodo heres tenetur, quoniã ea cõdictione nũquã alius tenetur, quàm qui furtũ fecit aut heres eius, inquit Paulus *in l. ex furtiua 5. De cõd. fur.*

Vbi quod dicitur, Ex furtiua causa filiofamilias condici posse, hûc proculdubio sensum habet vt soli filiofamilias ex hac causa condici possit, non etiam patri, Alioqui non esset bona ratio quæ subiicitur, Quippe quæ non tam probat cur ipsi filiofamilias condici possit patri, quàm cur non patri æquè possit. Idémque apparet ex coniunctione illius legis cum præcedente, In qua tractans Vlpianus de seruo qui furtum fecerit, ait condicendum esse domino id quod ad eum peruenit, In residuum autē noxæ seruum dedi posse, Vt intelligamus differentiam esse hac parte, vt & in aliis plerisque inter patrem & dominum, sicut inter filiūfamilias & seruum, quia si filiusfamilias furtum fecerit ipsi soli condicendum est, non patri, Si verò seruus condicendum est domino non seruo, Nimirum quia cum seruo nulla actio esse potest, vt habet iuris regula. Quam differētiam non animaduertens malus quidam interpres addidit *in l.4.* verba illa *vel filiusfamilias* omnino certè delenda tanquam irreptitia, cùm cætera quæ sequuntur in ea lege non de patre sint, sed de domino, nec proinde ad eum casum aptari possint quo filiusfamilias furtum fecerit, sed ad illum, quo seruus. An quia nullomodo pater teneatur ex furto filij etiamsi res furtiua, vel in totum, vel pro parte ad eum peruenerit? Imò verò tenetur, sed actione tantùm de peculio, nec quatenus est in peculio, sed quatenus tantùm ad eum peruenit, si minùs peruenerit, quàm sit in peculio *d.l.3.§.penult.D.de pecul.* Quo sensu accipiendum est quod Iulianus dicebat, vt Paulus refert *in l.pen. De condict. furt.* Ex persona filiæ quæ res amouit dandam in patrem condictionem in peculium: Condictionem enim in peculium dixit Iulianus, non vt significaret condictionem furtiuam quam certum est ob res amotas non competere, aut actionem rerum amotarū, quæ condictio non est, vt probabimus in sequentibus, Sed pro actione De peculio vt constat *ex d.l.3.§.penultim.* Et *ex l.3.§.vlt. D.rer.amot.* vbi Paulus noster scribit, Si filiafamilias res amouerit, Melam & Fulcinium dedisse in patrem actionem de peculio, quia displicuit eam furti obligari, vel dari in ipsam ob res amotas actionem. Postea subiicit ex Proculo, Mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari nō oportere, Et quod addit exceptionis loco *nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit* haud dubiè sic accipi debet vt eo casu teneatur pater nō directa actione rerum amotarum qua heres teneretur, sed vtili, quemadmodum si viua filia pater de eo quod ad se ex rebus amotis peruenisset, conueniretur *l.viua quoque filia 5.eod.* Nam & aliis plerisque casibus vtili iudicio rerum amotarum locus est cessante directo *l.si mulier 21.in princip.eod.ti.* Eſtque longè probabilius defendere quod nos in Coniecturis diximus, Mortua filia quæ res amouit, nullam superesse actionem in patrem nisi de peculio in id quod ad eum peruenit, Quàm quod reprehensores nostri audent dicere, teneri patrem actione directa rerum amotarū. Quomodo enim teneretur aut quo iure cùm neq; ipse res amouerit, neq; sit heres filiæ quæ amouit? Alioqui durior erit actio rerum amotarum condictione furtiua quæ nunquam datur nisi in furem ipsum aut in furis heredem, Nec si talis sit ille qui conuenitur vt furti quoque teneatur, Vt cernere est in eo cuius ope & consilio furtum factū est, *d.l.5.& seq.D.de condict.furt.* Et tamen constat actionem rerum amotarum in plerisque melioris esse condicionis, quàm condictionem furtiuam, Deterioris numquam, cùm ideò sit comparata vt leniùs mulier coerceatur in honorem scilicet matrimonij *l.2.l.penultim.& pass.eod.* Sed neque vlla erit differētia inter filiamfamilias quæ res amouit, & seruum qui furtum fecit, si dicamus teneri patrem actione rerum amotarum directa ob res per filiam amotas, licèt non nisi de eo

quod

quod ad ipsum peruenit, Quandoquidem nec furtiua condictione tenetur dominus ex furto serui nisi quatenus ad eum peruenit *l.4.de condict.furt.* nisi quod pro residuo seruum noxæ dedere potest & debet vt eadem lex ait, Nec tamen negari potest quin differentia illa sit inter dominum & patrem, quod dominus tenetur condictione furtiua ex furto serui, cùm seruus ipse conueniri non possit, Pater verò nunquam tenetur condictione furtiua sed solus filiusfamilias cui & cõdici potest *d.l.5.* Cur ergo admittamus vt ex facto filiæfamilias pater directa actione rerum amotarum vllo casu teneatur? Nam & cùm viua filia pater agit de dote adiuncta filiæ persona, non ad aliud tamẽ se obligat, quàm vt filiam rerum amotarum iudicio in solidum, & cum satisdatione defendat, vt scribit Paulus *in d.l.3.§.vlt.* qui tamen seipsum defendere hoc casu si quo vnquam alio deberet, si ita ius esset vt ob res per filiam amotas directa rerum amotarũ actione conueniri posset: Neque enim admitti potest quod cõtradictores obiiciunt, Patrem mortua filia esse quasi eius heredẽ in eo quod ad ipsum ex rebus amotis peruenit *argu.l.3.§.Pomponius adiicit D.de minor.* Cùm filiusfamilias iure Pandectarum nec heredem habere potuerit, nec quasi heredem, ne quidem in peculio castrensi de quo testatus non fuisset *l.1.& 2. D.de castrens.pecul.* Longéque alia sententia est *d. §. Pomponius*, De cuius emendatione & interpretatione videnda omnino sunt quæ scripsimus in Rationalibus ad eum locum & *lib.4.Coniectur.c.5.* Sed reliqua iam persequamur quæ plus habent sanè difficultatis.

ERROR TERTIVS.

De actione, de peculio, quæ datur contra patrem vel dominum ex furto filij vel serui in l.3.§.ex furtiua pen.D.de pecul.

ANTE hũc diem non obseruaueram mirabilem audaciam & inscitiam Triboniani in quæstione *l. 3. §. ex furtiua causa D. de pecul.* quæ tamen nisi me Triboniani odium fallit, vtraq; apertissima est. Scripserat Vlpianus hoc vnum, puto, quod initio eius §. scriptum legimus, Ex furtiua causa filiofamilias condici posse, Id est condictione furtiua cõueniri posse filiumfamilias qui ipse furtum fecerit. Quod certè verissimum est, vt & Paulus fatetur *in l.ex furtiua 5.D.de condict.furt.* Et adeò verum, vt id constiterit inter Iureconsultos, quomodo Vlpianus supradicto loco loquitur, id est nullam prorsus habuerit dubitationem. Quidni enim ea condictione filiusfamilias teneatur, cùm & personam integram habeat, & ex omnibus causis nec minùs ex delictis quàm ex contractibus & obligetur, & conueniatur *l tam ex contractibus 57.D.de iudic.l.filiusfamilias 39.D.de oblig.& act.* vbi additur & tanquam patremfamilias obligari eum, & cum ipso tanquam cum patrefamilias agi posse. Cùm verò ita Vlpianus simpliciter & verissimè scripsisset, Tribonianus de suo ingenio quæstionem nouam & si Diis placet subtilem adiiciendam putauit: Cui vt locum faceret, primùm inter media Vlpiani verba interiecit dictionem illam *quidem*, qua nihil habet familiarius: Deinde addidit *An verò in patrem vel in dominum de peculio danda est quæritur.* Quasi fuerit inter Iureconsultos controuersum id de quo nemo vnquam dubitauit. Si quid enim toto in iure certum illud sanè certissimum est, Ex furtiua causa, siue filiusfamilias, siue seruus furtum fecerit non dari actionem de peculio in patrem vel

Digitized by Google

in dominum, Obstante nimirum iuris regula quæ non patitur, vt ex pœnalibus causis actio de peculio in patrem præsertim detur *l. ex pœnalibus* 58. *De reg. iur.* sed tunc tantùm cùm ex contractu actio venit *l.* 1. *§. si filiusfamilias D. de his qui deiec. vel effud.* Non enim pater, qui filio peculium concedit, ideò concedere intelligitur vt filius inde sumat occasionem & materiam delinquendi, Propter quod ex filij delictis debeat teneri de peculio *arg leg. filiusfamilias.* 7. *D. de donat.* quod nec mandato vllo quantumlibet generali concessum intelligitur *l. creditor* 60. *§. penul. D. mandat.* Siquidem delinquere plus quàm perdere est. Idémque in domino iuris est, quia licèt seruus qui delictum admisit nō possit ipse quandiu seruus est ex delicto conueniri, competit tamen eo nomine contra dominum actio noxalis, quæ cum actione de peculio concurrere non solet *l. ex contractibus* 49. *in fin. D. de oblig. & act.* Denique inauditum est vt ex filij vel serui delicto pater aut dominus teneatur de peculio. Et tamen ait Tribonianus quæri inter Iurecconsultos, id est non æquè de eo constare an in patrem vel in dominum danda sit actio de peculio ex causa furtiua si filiusfamilias vel seruus furtum fecerit. In quo etiam mirus est Tribonianus qui post propositam Vlpiani sententiam illam verissimam Filiofamilias ex furtiua causa condici posse, Nulla scilicet facta serui mentiòne, quia nec verum est seruo posse condici, quando nulla cum seruo actio esse potest, *leg. cum seruo* 107. *De regul. iur.* Quæstionem tamen concipit nòn minùs de domino quàm de patre, An scilicet in patrem vel in dominum actio de peculio danda sit, Acsi in præcedentibus scripsisset, Etiam seruum teneri condictione furtiua. Sed illud magis mirum est, & ad manum Triboniani detegendam aptius, quod ad quæstionem conceptam de patre & domino quæ de solo patre concipi debuerat, nihil tamen respondet, quod ad patrem sed tantùm quod ad dominum pertinet. Ait enim *& est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto actionem de peculio dandam.* Non est ausus eò vsque progredi audaciæ vt diceret esse verius dandam actionem de peculio contra patrem ex furto filij in quantum locupletior pater ex eo furto factus esset, quia vidit alienius id fore à iuris ratione, vt pater ex delicto filij, quàm vt dominus ex delicto serui teneretur actione de peculio, cùm filiusfamilias qui furtum fecit possit ipse conueniri. Nam & ob eam causam ita comparatum esse videmus vt ob furtum quod filiusfamilias fecerit, non possit pater conueniri actione furti, quomodo conueniri potest dominus ex furto serui, quamuis ita vt noxæ deditione liberetur si malit ille seruum dedere quàm furti pœnam legitimam præstare *leg. si quis perferendum* 35. *§.* 1. *leg. si quis ex bonis* 83. *§.* 1. *D. de furt.* Atque ita sine dubio intelligi debet quod scriptum est *in leg. si cùm quis* 41. *§. quandiu eod. tit.* si is qui furtum fecit, alieni iuris esse cœperit actionem furti cum eo esse cuius potestati subiectus est. Vt nimirum de eo accipiatur qui cùm furti tempore sui iuris esset postea seruus factus sit, non de eo quem contigerit filiumfamilias fieri per adrogationem. Quid enim necesse est transire in alium actionem furti quæ contra eum ipsum qui alieno iuri subiectus esse cœpit, salua esse possit ? Nam nec de alia furti actione Vlpianus eo loco loquitur, quàm quæ viuo etiam fure peritura esset si non in alium transiret, vt & initium illius §. ostendit & ratiocinatio qua Vlpian. vtitur vt probet, quod dixerat, quandiu viuit is qui furtum fecit, non perire furti actionem, quæ sanè periret redacto in seruitutem eo qui paterfamilias furtum fecerat si in nouum dominum non transiret. Ideóque bene subiicit Vlpianus hoc esse quod dici

solet

Digitized by Google

solet; *Noxam caput sequi*, quod tamen de solis seruis qui deliquerunt non etiam de filiisfamilias dictum à prudentibus fuit, quia & ad noxales actiones ea res pertinet quæ non ex filiorumfamilias, sed tantummodo ex seruorum delictis dantur *leg. si seruus communis 61. in princip. eod. tit. & tot tit. De noxal. act. leg. 2. §. quæsitum D. de priuat. delict. §. omnis autem. Inst. de noxal. act.* Ergo quemadmodum facilius est vt actio furti ex furto serui detur contra dominum, quàm vt ex furto filijfamilias contra patrem, Ita & fatendum illud est, alienius esse à ratione iuris, vt dicamus teneri patrem de peculio ex furto filij, quàm vt dominum ex furto serui: & ob eam causam paullò timidiùs egisse Tribonianum ne ausus sit ad quæstionem malè propositam de patre & domino, respondere de vtroque, sed de domino solo. Quamuis non magis vera sit responsio in domino quàm in patre. Et quia præuidit Tribonianus fore vt ea sententia vix vnquam probaretur, addidit, vt solet, authoritatem Labeonis, Idque ab eo probatum esse adfirmat, nullo tamen citato loco ne manifesti mendacij reus fieret. Sed mendacij probationem apertissimam statim profert cùm addit rationem, qua motus fuerit Labeo, prorsus falsam & Labeonis ingenio atque acumine indignam *quia iniquissimum est*, inquit, *ex furto serui dominum locupletari impunè*. Quasi verò consequens id statim fuerit vt ex furto serui locupletetur impunè dominus, si negemus ex illa causa teneri eum de peculio. Atqui non ita est. Cùm enim admittamus etiam furtiua condictione teneri dominum ex furto serui, quamuis neque fur ipse sit neque heres furis, *dict. leg. si seruus 4. D. de condict. furt.* fieri certè nullo casu potest vt ex serui furto dominus impunè locupletetur, tametsi nullam de peculio actionem aduersus dominum ex ea causa concedamus. Siquidem longè plenior est condictio furtiua quam nos cum Vlpiano *in dict. leg. 4.* damus ex iuris ratione contra dominum, quàm actio illa de peculio quę à Triboniano inducta est aduersus regulas iuris: Non enim dat eam Tribonianus, nisi in quantum ex furto serui locupletior dominus factus fuit, Nec æquitatis prætextus ille quo mouetur suadet ad quid amplius dari de peculio actionē. At condictio furtiua quæ ex furto serui contra dominum datur, non de eo solo competit quod ad dominum peruenit, sed, quæ natura est condictionis furtiuæ, in solidum, id est supra etiam quàm ad eum peruenerit, adeóque supra etiam quàm sit in peculio in quo fortasse plus sit quàm in lucro quod ex serui furto dominus senserit, Nisi quod ratione residui hoc est eius quod excedit lucrum, liberatur dominus si seruum noxæ dedere paratus sit, Cui tamen nihil prodesset noxæ deditio quantum ad eam furti partem quæ ad ipsum peruenisset. Quæ vera & aperta sententia est *d. l. si seruus*, cuius verba illa *condicendum est domino*, non de alia condictione accipi possunt quàm de condictione furtiua, vt & titulus ipse & sequens lex ostendit. Etsi non desunt qui putent accipienda esse de actione de peculio *ex dict. leg. 3. §. penultim. De pecul.* exemplo eius quod condictionem in peculium pro actione de peculio dixisse videtur Paulus ex Iuliano *in leg. penultim. eod. titu.* Moti ex eo quod idem Paulus scripsit generaliter *in l. ex furtiua 5. eod.* Numquam ea condictione furtiua teneri alium quàm eum ipsum, qui furtum fecit aut herede eius, Nec animaduertentes tractari eo loco de filiofamilias qui furtum fecerit, & rationem illam non pertinere nisi ad eum casum quo persona libera furtum admiserit quæ & ipsa conueniri possit, & habere heredem: quorum neutrum seruo conuenit. Voluit enim Paulus ea ratione docere, Cur ipsi filiofamilias furi condicendum sit non patri, Qua tamen non possis vti quin abutaris,

Digitized by Google

si ex ea perinde probare velis condictionem furtiuam non dari contra dominum, Nisi simul etiam illud inducere velis, vt seruus ipse qui furtum fecit, condictione furtiua teneatur, quod multò adhuc absurdius fuerit, Nec melius illi qui legem illam Vlpiani sic intelligunt, vt duplex actio contra dominum danda sit, Vna de peculio, de eo tantùm quod peruenit, Altera noxalis quæ sit de residuo. Vnius enim solummodò actionis Vlp. meminit, id est cōdictionis furtiuæ, sed quæ tamen duas partes habeat diuersis respectibus comparatas, Quippe, quę licèt in solidum competat contra dominum, aliter tamen competit de eo quod ad dominum peruenit, aliter autem de residuo. Nam de eo quod ad dominum peruenerit, datur præcisè & absolutè, nulla electione salua domino vt seruum noxæ dedendo condemnationem illam euitare possit. Quid enim si quod ad eum peruenit ex furto serui pluris sit, quàm quanti seruus ipse est? Cur permittatur domino lucrari quod plus est in furto, quàm in serui æstimatione? Non enim noxales actiones ideò comparatæ sunt, vt locupletentur domini ex delictis seruorum, sed ne alioqui seruorum nequitia vltra ipsorū corpora dominis esset damnosa, vt ait Iustinianus *in tit. De noxal. action.* At de residuo, id est quod in furti æstimatione amplius est quàm ad dominum peruenerit, sic competit furtiua condictio aduersus dominum, vt tamen si malit seruum noxę dedere quàm solidi furti æstimationem præstare, audiri debeat, quoniam aliter posito iure fieret, vt ex facto serui damnum sentiret dominus suprà quàm quanti seruus esset, In summa, nihil aliud ex eo inferre possis nisi quod nos libenter admittimus: Condictionem illam furtiuam quæ ex furto serui contra dominum datur, partim esse non noxalem, partim noxalem. Non noxalem de eo quod ad dominum peruenit, Noxalem verò de residuo, cuiusmodi sunt cæteræ actiones omnes quæ ex delictis seruorum contra dominos dantur, vltra id quod ad dominos peruenerit. Nec enim proprium hoc nomen est vllius actionis quæ specialiter dicatur noxalis, sed qualitas illa est cæterarum actionum omnium speciale ac proprium nomen habentiū, quoties ex noxa & delicto serui sic dantur cōtra dominum, vt tamen ab iis per noxæ deditionem dominus liberetur *§. sunt autem constituta Inst. de noxal. action. d. l. si seruus 61. vers. his etiam D. de furt.* vbi dicitur creditorem cui seruus pignori datus furtum fecerit, agendo pignoratitia consecuturū, vt vel damnum decidat debitor, vel pro noxæ deditione hominē relinquat. Quod generalius exprimit Vlpianus noster *in d. §. quæsitū l. 2. De priuat. delict.* in illis verbis *sed si seruus sit qui hæc admisit, quacunq; actione noxa fuerit deditus perempta est altera actio.* Et hoc est, quod idem Vlp. ait *in l. miles 6. §. 1. De re iudic.* iudicium solius noxæ deditionis nullum esse sed pecuniariam cōdemnationē sequi, quia nec in condemnatione est noxæ deditio, sed in solutione, tanquam quæ à lege non à iudice tribuatur. Cui conuenienter scriptum est *in d. l. 4. de condict. furt. in residuum, noxa seruum dominus dedere potest*, vt intelligamus non vi condemnationis fieri deditionē, sed ex sola voluntate & electione domini, malentis ita facere quàm furti à seruo facti quod longè pluris sit solidā æstimationē præstare, Ad quam tamen præstandā omnimodo cogeretur ex vi & potestate propositæ condictionis, si noxæ deditionē non offerret. Illa nāq; verba *in residuum* sicuti non de alia quātitate accipi possunt quàm quæ excedat id quod ex furto serui ad dominū peruenit, Ita nec de alio residuo, quàm quod deductū sit in petitionē & condictionē vltra lucrum quod ex serui furto dominus senserit. Ex quo apparet tantò manifestius quàm verū sit quod supra diximus Vlpianū eo loco de actione De peculio intelligi nullomodo posse, Nēpe

quæ

Digitized by Google

quæ propriam illam & ſpecialem naturam habet à cæteris omnibus diſtinctam, quod nunquã noxalis eſt, nec proinde per noxæ deditionẽ vnquã extinguitur, & idcirco ſolet opponi tanquã contraria noxali actioni *d.l.ex contractibus 49.in fin.De oblig.& act.l.vlt.§.*1.vbi eſt text.elegans *D.de aleator.* & alibi paſſim, Maximè in Titulis De noxal.act.& De pecul. Igitur nullomodo defendi põt quod ſub Vlpiani nomine Tribonianus ſcripſit *in d.l.3.§.pen.De pecul.*Teneri dominum de peculio quatenus locupletior factus eſt ex furto ſerui.Tantum abeſt,vt verum eſſe poſſit quod eo argumẽto probare voluit, Etiam patrem ex furto filiifamilias actione De peculio conueniri poſſe, quamuis non æquè id apertè ſcribere ac profiteri auſus ſit,vt diximus. Et tamen ſolus ille locus certè eſt qui ſiue Tribonianum ipſum, ſiue malum nec Triboniano meliorem interpretem mouit,vt Vlpianum quoque corrumperet, additis *in d.l.*4. verbis illis *vel filiusfamilias* quaſi nulla inter filiumfamilias & ſeruum differentia ſit,nulla inter patrem & dominum, ſiue de condictione furtiua quæratur, ſiue de danda actione De peculio propter furtum filiifamilias vel ſerui.

ERROR QVARTVS.

De ſententia l.ex pœnalibus 58.De regul.iur. & de condictione ex non iuſta cauſa,& ex iure gentium Ad l.rerum 25.D.rer.amot.

DICAT aliquis nec inſubtiliter, Eam ipſam rationem qua mouemur, vt negemus dandam eſſe ex furto ſerui actionẽ de peculio in dominum, ne quidem in quantum locupletior ex eo factus eſt dominus,Scilicet quòd poſſit lucrũ illud adeòque ſeruus ipſe per noxæ deditionem eripi domino propoſita in dominũ condictione furtiua,Suadere potiùs vt aliud dicendũ ſit in patre, id eſt vt in patrem tanto æquiùs danda ſit actio De peculio,Ne ex furto filij locupletetur impunè, Cùm non perinde poſſit ille furtiua condictione teneri, ne quidem de eo quod ad ipſum peruenit.Nõ eſſe igitur mirandũ aut reprehẽdendum quod Tribonianus ſenſerit, Ex furto filiifamilias dandam actionem de peculio in patrem, Præſertim cùm etiamſi aduerſus filiumfamilias ipſum actũ ſit condictione furtiua viuo patre,tam ſine effectu futura ſit condẽnatio,nulla filio habente bona,in quæ fieri executio poſſit *l.ſi dubitet* 10.*§.vlt.*aliàs *l.filiusfamilias D.de fideiuſſ.*Reſpõdeo, Imò verò hanc rationem probare cõcludenter, Nil eſſe neceſſe violari regulam iuris,vt ob furtum quod filiusfamilias fecerit, demus in patrem actionẽ de peculio, quia ſufficit filium ipſum ex ea cauſa & conueniri & condemnari poſſe, Cùm illo condemnato futurum ſit vt pater quoq; eo nomine non tãtùm de eo quod peruenit, ſed etiam de toto peculio conueniri poſſit, idq; non iure aliquo ſingulari,ſed iure communi,quãuis filius ex pœnali cauſa & ob delictum fuerit primùm cõdemnatus *l.etſi condemnatus* 35.iunct.*l.præced. D.de noxal.act.* quaſi conuerſa pœnali cauſa in cauſam quaſi contractus ex nouatione illa quæ fit per iudicatum *d.l.3. §. idem ſcribit D.de pecul.* Vbi ob hanc rationem Vlp. ex Marcello ſcribit Iudicati & condemnati filij patrem teneri actione de peculio, etiam eius actionis nomine ex qua non poterat anteà pater actionẽ de peculio pati,quòd ſicut ſtipulatione,ita & iudicio cũ filio contrahatur,Neque verò eius ſententiæ aliud exemplũ accõmodatius adferri meo iudicio poteſt, quàm quod in manibus habemus,de filiofamilias qui furtũ fecerit,& ex hac cauſa, ſiue furti

actione,siue furtiua condictione condemnatus sit. Nā vtrunque verum est, neque cogēdum patrem ex hac causa pati actionem de peculio, priùs quàm filius sit condemnatus, neque audiendum si velit recusare actionem de peculio post filij condemnationem. Et ad hoc fortasse respiciens Vlpianus *in d. l. ex pœnalibus*, regulam iuris sic concepit, Ex pœnalibus causis actionem de peculio in patrem dari non solere. Non dixit nunquam dari, sed quo modo regulę cōcipi solent, Non solere dari, Vt doceret dari tamen aliquando, At non illo casu, quo peculium locupletius factum sit ex furto filiifamilias, vt plerosque viros doctos interpretari video, Sed vno illo quo filius ex pœnali causa fuerit iam cōdemnatus. Ideóq; nimirum de patre solo non etiam de domino Vlpianus ita concepit regulā, quia nō eodem modo concipienda esset si de domino tractaretur, Cùm ex pœnali causa nunquam possit dari actio de peculio in dominum ob delictum serui, quia nec seruus ipse ex delicto suo condemnari vnquam potest, ne tum quidem cùm à nemine defenditur. Siquidem, vt sępius inculcauimus, nulla cum seruo actio esse potest. Ex eóque magis intelligimus, non posse ita Vlpianū accipi vt ex pœnalibus causis danda sit in patrē actio de peculio in id quod ad patrem peruenit. Nam quemadmodum filio condemnato danda est contra patrem vel ex ipsis regulis iuris actio de peculio in solidum, id est ad concurrentem vsque furti & peculij quantitatem, etiamsi multò minùs ex furto ad patrem peruenerit quàm sit in peculio, Ita & ante filij condemnationem fatendum est nullomodo teneri posse patrem de peculio, id est ne quidem de eo quod peruenit. Esset enim illa noua formula actionis de peculio, & prudentibus ipsis incognita, qui duplicem tantùm eius actionis formulam agnouerunt, Vulgarem vnam sic à Paulo dictam *in l. si seruus nauem 42. D. de furt.* in qua sit mentio dūtaxat peculij, sine alia vlla adiectione: Aliam non vulgarem, in qua etiam aliud quidpiam adiiciatur, puta De eo quod in rem domini versum sit, aut De noxæ deditione, *§. prætereà versic. licèt enim Inst. quod cum eo qui in alien. potest.* Itaque cùm de actione De peculio simpliciter prudentes loquuntur non de alia loquuntur quàm de ea quæ vulgarem habeat formulam, & in qua proinde nihil aliud inspiciendum sit ad faciendam condemnationem, quàm quid & quantum sit in peculio, si quod petitur quantitatem peculij vel æquet, vel excedat. Quid ergo si vel peculium nullum filius habeat qui furtum fecit, vel tam insigne furtum fecerit, vt plus sit in furti æstimatione, quàm in peculio? His casibus nemo dixerit, per actionem De peculio posse consultū esse illi cui furtū factū est, Non priore, quia vbi peculium nullum est, nec actio de peculio vlla esse potest, Non posteriore quoniam actio de peculio non vltra extendi potest quàm in peculio sit, Nisi fortè id quod excedit in rem patris vel domini versum sit *d. §. prætereà.* Dices hanc exceptionem facere, vt possit igitur dari actio de peculio in patrem etiā supra quàm sit in peculio, si ad eum ex filij furto plus peruenerit, quasi negari nequeat quin versum sit in rē patris quicquid ex furto filij ad patrē peruenit, Sed non ita est. Nec.n. quemadmodum ad patrem vel dominum peruenisse verum est, quicquid in rē eius versum fuit, Ita è contrario dici potest versum esse in rē patris aut domini quicquid ex furto filij aut serui ad patrē vel ad dominū peruenit, Præsertim verò ad effectū illū inducendæ actionis de in rē verso: Quæ cùm sit pars actionis de peculio, adeóque ipsa actio De peculio nisi quod propriā nec vulgarē habet formulā, nō aliis casibus potest cōpetere, quàm quibus cōpeteret actio de peculio ad finē peculij si nihil in rē versum esset. Proinde sicuti nō datur actio de peculio in patrē ex pœnalib. causis nisi cōdēnatione

demum

demũ fecuta, ne quidẽ de eo quod peruenit, vt probauimus, Ita neq; actio de in rẽ verso dari poteſt, ſed ex iis tantùm cauſis quæ vel ex contractu veniunt, vel ex quaſi cõtractu, puta ex iudicato. An igitur impunè locupletior fiet pater ex furto filij, cùm ex filij perſona & delicto, neq; furti cõueniri poſſit, neq; cõdictione furtiua, neq; de peculio, neq; de in rẽ verſo? Et nõ puto, ſed dãdã potiùs cõtra eum condictionẽ quæ dicitur, nõ ex iuſta cauſa, quæ ſicut generalior eſt cæteris omnibus cõdictionib. quas omnes tanquã ſpecies ſuo velut ambitu cõplectitur, ita & cõcurrit facilè cum aliis actionib. ſi quæ cõpetãt, vt *in l. contra nurũ 6. §. ſed ſi morte D. rer. amot.* & cõpetit proprio quodã iure cùm cęterę omnes deficiunt, vt in ſpecie *l. rerũ quidẽ* 25. *eod.* vbi Marcianus ait, Si in matrimonio vxor marito res ſubtraxerit ceſſare quidẽ rerũ amotarũ actionem, Sed tamen poſſe maritũ res ipſas cõdicere, Et addit rationẽ perelegantẽ & generalem quòd iure gentiũ cõdici res poſſint ab his qui nõ ex iuſta cauſa poſſidẽt, In quibus poſtremis verbis obſeruari vellẽ quod nõ ſic Marcianus loquitur vt dicat cõdici poſſe ab iis qui ex iniuſta cauſa poſſident, ſed ab iis qui nõ ex iuſta cauſa, vt latior ſit propoſitio, nec minùs cõprehẽdat condictionẽ ſine cauſa quàm condictionẽ ob turpẽ vel iniuſtã cauſam, quæ omnes ſunt ſpecies cõdictionis vt inter ſe differentes, ita quæ ſub condictione non ex iuſta cauſa comprehenduntur. Quemadmodum enim aliud eſt poſſidere quid ſine cauſa, Aliud verò poſſidere ex iniuſta cauſa, quia iniuſta cauſa licèt iniuſta ſit, tamen aliqua cauſa eſt, Ita & condictio ſine cauſa differt à condictione ob turpem vel iniuſtam cauſam, *l. vltim. in princip. & §. 1. De cond. ſin. cauſ.* At æquè non ex iuſta cauſa poſſidet qui aliquid ſine cauſa poſſidet, atque ſi ex iniuſta cauſa poſſideret, quia nec iuſta cauſa eſſe poteſt quæ nulla eſt, Et ſemper æquum eſt mihi abs te reddi quicquid ad te ex meo ſine cauſa peruenerit *l. ſi & me & Titium 32. in fin. de reb. cred.* qui locus non eſt de condictione ob iniuſtam cauſam, de qua *in l. perpetuo 6. D. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* vt malè Cuiacius interpretatur *in libr. 11. quæſt.* Papin. *ad l. 5. D. rer. amot.* ſed de condictione ſine cauſa. Quam proinde meliùs referre poſſis ad id quod Vlpian. ſcribit multò generalius *in l. 1. §. vltim. De condict. ſin. cauſ.* Id demum poſſe alicui condici quod vel non ex iuſta cauſa ad eum peruenit, vel redit ad non iuſtam cauſam. Cæterum condictio hæc quam dicimus dari iure gentium contra omnes qui non poſſident non ex iuſta cauſa, licet in multis differat à condictione furtiua, in eo tamen ſimilis eſt quod datur etiam domino vt apparet *ex d. l. 6. §. ſed ſi morte & dict. l. 25. D. rer. amot.* In eo autem diſſimilis quod æquè datur non domino, & ei qui per traditionem rei ſuæ à ſeipſo factam dominus eſſe deſiit, vt *in dict. l. ſi & me*, Condictio autem furtiua ſoli domino competit *l. 1. D. de condict. furt.* Item in eo quod condictio furtiua commentum eſt iuris ciuilis ſolo furum odio comparatum *§. ſic itaque. Inſtit. de action.* Condictio autem illa contra poſſidentes non ex iuſta cauſa proficiſcitur à iure gentium *dict. l. 25. in fin.* Condictio furtiua datur contra ſolum furem aut furis heredem *dict. l. 5. de condict. furt.* Illa verò etiam contra non furem. Furtiua contra eum quoque qui non poſſideat ſi modò vel fur ſit, vel furis heres *§. ſi. Inſt. de obli. quæ ex maleſ. naſcunt.* Illa verò contra ſolũ poſſidentẽ. Furtiua etiam ad æſtimationẽ & quidẽ quãti plurimi ſi fortè res perierit, ſiue viuo adhuc, ſiue iam mortuo fure, quia moram fur perpetuò in re furtiua facere intelligitur *l. in re furtiua 8. §. 1. de condict. furt.* Illa verò nõ niſi ad rẽ ipſam, Vt proinde nõ poſſit dici ſuperuacuò cõparatam fuiſſe condictionẽ furtiuã iure ciuili, in fauorem domini, cui cõdictio illa generalior iure gentiũ iam cõpetebat, Cùm ex iis quæ

Digitized by Google

modò diximus appareat condictionis furtiuæ multò pleniores & vberiores esse præstationes, ita vt vix vllus commodus generalioris cōdictionis vsus esse posſit, nisi velut in subsidium & cæteris omnibus deficientibus, vt in specie *d.l.25.* & in ea quã nunc tractamus, De patre qui locupletior factus sit ex furto filij familias vel nullum peculium habentis, vel tam exiguũ vt non æquet æstimationem rei furtiuæ, quæ ad patrẽ peruenit. Sed ad Tribonianũ nostrum redeamus. Nõdũ enim ipsius inscitiã in *d.l.3.§.pen. De pecul.* adhuc omni ex parte deteximus, nec priùs detexerimus, quàm de totius illius §. sententia dicere absoluerimus.

ERROR QVINTVS.

De differentia condictionis furtiuæ & actionis rerum amotarum in quæstione d.l.3. §.ex furtiua D. de pecul. & l.3.§. vlt. D. rer. amot.

VIDIT Tribonianus cùm sub Vlpiani nomine nouam illam iurisprudentiam inducere vellet, De danda contra patrem actione de peculio ex furto filij, saltem de eo quod ad patrem peruenerit, parum se profecisse allato exemplo actionis de peculio quæ contra dominum danda sit ex furto serui in quantum locupletius peculium factum est, & stabilita per mẽdacium quasi vera ex authoritate Labeonis illa propositione, si non adderet rationem aliquam quæ propiùs accederet ad institutam de patre potissimùm disputationem, Cùm nemo nesciat patris & domini, itémque filijfamilias & serui condicionem, licèt in multis iuris partibus sit par & æqualis, in pluribus tamen dissimilẽ esse. Ob eam nimirũ causam adiecit ille *in d.§.ex furtiua. Nã & circa rerum amotarum actionem filiafamilias nomine in id quod ad patrem peruenit competit actio de peculio.* Quæ sententia sanè vera est, non sicut superior falsa. Idem enim Melæ & Fulcinio antiquis & præcipui nominis prudentibus visum fuisse testatur Paulus, & ipse quoque probat *in leg.3.§.vltim.D.rer.amot.* Sed non ideò consequens est vt bona sit collectio & ratiocinatio qua Tribonianus vtitur, Adeò illi familiare est, sicut interdum vera ex falsis, ita & falsa plerumq; ex falsis, nonnumquam etiam ex veris colligere. Imposuit tamen hæc ratio & argumentatio magnis plerisque viris, etiam ex recentioribus iisque doctioribus, qui adfirmare ausi sunt nullam diuersitatis rationem satis commodam reddi posse hac parte inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum, Indéque cœperunt non dubitare, quin sicut actio de peculio danda est in patrem ob res per filiam amotas, quatenus ad patrem peruenerunt, licèt filia ipsa directo rerum amotarum iudicio teneatur. Ita & danda sit ex furto quod filius vel filiafamilias fecerit, in quantum scilicet locupletius peculium factum est, quamuis non pater, sed solus filius qui furtum fecit aut sola filiafamilias condictione furtiua teneatur. Cur enim distinguamus, inquiunt, causam condictionis furtiuæ à causa actionis rerum amotarum, Cùm non minùs furtum faciat vxor quæ diuortij consilio res amouit, si postea secutum sit diuortium, quàm alius fur quilibet, nec nisi ad temperandam nominis asperitatem inductum sit iudicium singulare rerum amotarum, Denegata actione furti constituto iure, in honorem scilicet matrimonij, vt scriptum est *in l.1.& 2.& pass.D.rer.amot.* Nos verò longè aliter, Condictionem furtiuam cùm in aliis multis differre ab actione rerũ amotarũ de quibus dicemus in sequentibus, tùm in hoc maximè,

quod

quod ex causa furtiua quæ condictionem furtiuam parit, neque in patrem, neque in dominum dari actio de peculio potest, ne quidem de eo quod ad ipsos peruenerit, vt superiore capite probauimus, At ex causa rerum amotarum danda est actio de peculio non contra dominum, in quem huiusmodi quæstio cadere non potest, cùm persona quæ seruilis condicionis est non magis amouere diuortij causa quicquam possit, quàm nuptias contrahere, Sed contra patrem, vt Mela & Fulcinius dixerunt quos refert Paulus *in d.l.3.§. vlt. rer. amot.* itémque Iulianus ab eodem Paulo relatus *in l.penult. D. de condict. furt.* Diuersitatis ratio est, quia causa furtiua [causam dico non condictionem] pœnalis est, vt nemo non videt, Cùm pariat furti actionem quæ nihil nisi pœnam persequitur legitimam *l. si pro fure 7.§.1. D. de condict. furt.* Proinde succedit regula iuris quæ non patitur vt ex pœnalibus causis detur in patrem actio de peculio, nisi filio demũ condemnato *l. ex pœnalibus 58. de reg. iur. d.l.3.§. idem scribit D. de pecul. l. etsi condemnatus 35. D. de noxal. act.* Causa verò rerum amotarum pœnalis non est, quia displicuit coniugem qui res amouerit, furti obligari, licèt placeat eo quoque casu furtum verè committi *d.l.1.& 2. rer. amot.* Et hanc rationem expressim adduxerunt Mela & Fulcinius si Paulo credimus *in d.l.3.§. vlt. rer. amot.* qua cùm verius aut apertius dici nihil possit, mirum est non fuisse tamen eam perceptam à magno illo Iureconsulto, qui quasi nullius ea sensus esset, putauit malè ac inuerso ordine collocatam apud Paulum *in d.§. vlt.* Et pro eo quod in exemplaribus omnibus & latinis & græcis ita legitur, *Mela, Fulcinius aiunt de peculio dãdam actionem quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem*, sic potius legendum esse *de peculio dandam actionem, vel in ipsam ob res amotas, quia displicuit eam furti obligari*: Aut etiam ita *de peculio dandam actionem, vel quia displicuit eam furti obligari, in ipsam ob res amotas.* Quomodo tamen si legeremus, nihil aliud assequeremur, nisi vt nulla esset allata ratio ad confirmandam Melæ & Fulcinij sententiam ex ea parte, quæ maximè egebat confirmatione: Esset autem allata ad confirmandam eam partem de qua nemo dubitabat. Nam certum erat in filiamfamilias quæ diuortij cõsilio mariti res amouerit cõparatã esse iure singulari actionem rerum amotarum, idq; iam idem Paulus scripserat *in l.1. eo. titu.* quæ sumpta est ex eodem Pauli libro, septimo scilicet ad Sabinum, Addita etiam ratione quòd hoc casu non sit actio furti constituto iure, Itémque ex Caio *in l.2. eod.* quòd in honorem matrimonij turpis actio aduersus vxorem denegetur. Proinde superuacuum & stultum fuisset iuris apertissimi rationem illam adferre quæ etiam allata esset & vnicuique obuia. Sed quod Mela & Fulcinius primùm dixerant dandam in patrem hoc casu de peculio actionem, id verò erat, quod sicut maximam habebat dubitationem, ita & ratione aliqua fuerat confirmandum. Illa enim dubitandi causa valde in contrarium vrgebat, quòd actio rerum amotarum non minùs ex furto & delicto pēdeat, quàm condictio furtiua, licèt non pœnæ sed rei habeat persecutionem, vt & furtiua condictio *l. si mulier. 21.§. penult & vlt. eod. tit.* Quid ergo interesse potest an ex causa furtiua velit quis agere de peculio contra patrem an ex causa rerum amotarum? Sed ratio decidendi quam Mela & Fulcinius probarunt, illa est quod ex causa furtiua competit actio furti, vt proinde non possit negari quin sit pœnalis, Ex causa verò rerum amotarum non competit, quia displicuit coniugem coniugi ea actione quæ pœnalis & famosa sit obligari, & ideo cùm actio rerum amotarũ pœnalem habere causam dici nequeat, non obstat iuris regula quominùs ex ea causa in patrẽ actio De peculio dari possit. Quãquã posset quis adhuc

replicare, Imò etiam hoc admisso nihilominus iuris regulam obstare, non illam quidem quæ extat *in d. l. ex pœnalibus*. Sed aliam quæ à nobis prætermissa non est in præcedentibus, quod actio de peculio non detur, nisi cùm ex contractu actio venit *l. 1. §. si filiusfamilias D. de his qui effud. vel deiec. l. 1. §. si cum impubere l. 3. §. idem scribit & pass. D. de pecul.* Atqui negari non potest quin actio rerum amotarum licèt pœnalis non sit, ex contractu tamen non veniat, cùm nascatur ex delicto, vt diximus. Sunt enim ista prorsus opposita & incompatibilia vt eadem actio nascatur ex cõtractu & ex delicto, quamuis fieri facilè possit, vt in iis quoque actionibus quæ ex contractu proficiscuntur, delictum versetur *l. si hominem 7. §. datur D. deposit. l. ex contractibus 49. D. de oblig. & act.* Alioqui si ad dandam actionem de peculio contra patrem, sufficeret cõueniri filiumfamilias ea actione, quæ nec pœnalis nec famosa esset, Admittere cogeremur, Filiofamilias qui furtum fecerit conuento per condictionem furtiuam, permittendum esse illi cui furtum factum esset, agere contra patrem de peculio, quia nec magis condictio furtiua vel pœnalis vel famosa est quàm actio rerum amotarum, vt iam sæpius diximus in præcedentibus, & latiùs in sequentibus ostendemus, sicut è cõtrario non minùs ex delicto nascitur actio rerum amotarum quàm condictio furtiua. Cùm igitur ratio alia non sit propter quam ex causa condictionis furtiuæ deneganda sit in patrem actio de peculio, nisi quia condictio furtiua non venit ex contractu, sed ex delicto, quamuis neque pœnalis, neque famosa sit, Cur in rerum amotarum actione diuersum admittimus? Nodus sanè perplexus est & quem non videas ab vllo interprete dissolutum. Omnes enim vt actionem de peculio contra patrem vel concedant vel denegent, illud tantùm intuentur an actio quæ contra filiumfamilias competit, sit pœnalis necne, *ex d. l. ex pœnalibus*, Cùm tamen illud quoque inspiciendum sit an ex delicto veniat, an ex contractu *d. §. si filiusfamilias.*

ERROR SEXTVS.

An & qualiter actio rerum amotarum detur ex contractu Ad leg. si rerum 52. D. de re iudic.

AN ergo cogemur defendere actionem rerum amotarum oriri non tantùm ex delicto sed etiam ex contractu? Scilicet matrimonij, sine quo nec furtum viro facere posset mulier consilio diuortij, quod ad inducendam rerum amotarum actionem necessariò requiritur *l. rerum quidem 25. D. rer. amot.* Nec si furtũ fecisset, actione tamen rerum amotarũ conueniretur sed actione furti, & cõdictione furtiua, sicut alia persona quælibet. Ita verò sensisse videtur Tryphoninus *in l. si rerum 52. D. de re iudic.* vbi ait, si rerum amotarum cum viro agatur, quãquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam habuisse, in solidum tamen cõdẽnari eum debere, quoniam, inquit, ex malè contractu, aut si mauis ex malo contractu & delicto oritur. Sensus est nasci quidem illam immediatè ex delicto non ex matrimonio, quandoquidem nõ modò contrahi matrimonium, sed etiam dissolui per diuortium potest, nullis rebus amotis, Sed tamen si causam primam & originem actionis inspicias referendam eam esse necessariò ad matrimonium, & ad societatem illam vitæ quę inter coniuges per matrimonium inducitur, & quæ sola fecit, vt æquum visum sit, singulare hoc

lare hoc

Digitized by Google

lare hoc iudicium rerum amotarum comparari aduersus eam personam quæ cõiux fuit. Nascitur ergo etiam ex contractu, sed ex malè contractu, vt Tryphoninus loquitur, addita dictione illa *malè* vt intelligamus parum aut nihil differre malè contractum illum à delicto, posséque illa coniungi tanquã hac parte synonima, Non quòd omne delictũ sit malè contractus, sed quia omnis malè contractus delictũ est. Hoc ipsum verò de cõditione furtiua perinde dicere nemo possit. Nascitur enim illa ex furto solo tãquam à causa nõ tãtùm proxima & immediata, sed etiam vnica, Nisi furtum ipsum referre velis ad animum & propositum delinquẽdi: quæ delictorũ omnium generalis & communis causa est. Cæterùm nemo dixerit conditionem furtiuã quæ ex furto & delicto nascitur, nasci etiam ex malè contractu, Sed tantùm ex malè contractu & mala cõtrectatione rei alienæ animo furandi facta. Mirum igitur non est alio iure censeri hac in re condictionem furtiuam, alio verò actionẽ rerũ amotarũ, vt ex hac causa non item ex illa detur actio de peculio in patrem. Vel ob id etiã quod consentiendo ille filij vel filiæ nuptiis, quæ alioqui iure contrahi non potuissent *l. 2. D. de rit. nupt.* videtur ille ex suo quodammodo consensu factóq; conueniri cùm ex causa rerum amotarũ conuenitur, quæ ipsa non aliam quàm præcedentis societatis vitæ causam habere intelligitur. Propter quod videbatur maritum qui rerum amotarum iudicio ab vxore conueniretur, non in solidum esse damnandum, sed quatenus tantùm facere posset, In honorẽ scilicet præteriti matrimonij, ex quo priuilegium illud mariti descendit: Et sanè ita esset si ex solo cõtractu ea actio nasceretur, non etiã ex delicto, & ex malè contractu, Cùm planè vllo fauore indignus sit qui ipse deliquit, & qui ob hoc ipsum conuenitur quod deliquit *l. Papinianus 20. D. ex quib. caus. maior. l. rescriptum 6. D. de his quæ vt indign.* At in patre qui nec ipse deliquit nec filio aut filiæ mandauit vt delinqueret, sed tantùm in matrimonij contractum & societatem illam vitæ consensit, non causam illam proximam & immediatam delicti inspicere possumus, sed primam licèt remotiorem quæ tota pendet ex contractu matrimonij & ex ea vitæ societate, quæ si per matrimonium contracta non fuisset, numquam de actione rerum amotarum tractari posset, sed tantùm de actione furti vel de condictione ex causa furtiua, Quo casu pater nullomodo actione de peculio teneretur. Illud verò notissimum est in iure nostro, quoties de actione aliqua vel concedenda vel denegãda quæritur, vel de ipso etiam actionis nomine causam & originem negotij potissimum inspici oportere, nec tam proximam & immediatam causam quàm primam & remotam *l. 1. §. idem Pomponius 13. & §. si seruus deposuit 30. D. deposit. l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat.* Sicut & in proposita quæstione non tam qualitas & titulus actionis quę contra filiumfamilias exercetur vel competit inspiciẽda est, quàm causa, quomodo loquitur Tryphoninus *in l. tutor datus 69. D. de fideiuss.* Vt si actionis causa pœnalis sit & famosa, licèt actio ipsa non sit, pater de peculio cõueniri nõ possit: Ob quã rẽ *Vlp. in d. l. ex pœnalib.* nõ ait *ex pœnalib. actionib.* quod summopere notandũ est, sed *ex pœnalibus causis.* Nec melior alia ratio quærẽda est cur ex causa cõdictionis furtiuæ nõ detur actio de peculio aduersus patrẽ, Nimirũ quia licèt condictio furtiua, neq; pœnalis, neq; famosa sit, causam tamen habet pœnalẽ, cùm nõ aliã causam habeat quàm furtũ: Furti autẽ causa omnimodo pœnalis sit, Nõ quia nullã actionem nisi pœnalẽ parere possit [parit enim furtiuam condictionem, quæ, vt diximus, pœnalis non est] sed quia proximè & immediatè parit actionem furti quæ tota pœnalis est, Condictio enim furtiua etsi immediatè quoque ex furto nascitur, tamen non tam

ex necessitate ad puniendum furtum inducta est, quàm ex abundanti & solo furum odio vt pluribus etiam contrariis actionibus teneretur *§. sic itaque Inst. de action.* Ideóque cùm quærimus an furti causa sit pœnalis necne, si quis tamen tam stultus esset vt de eo dubitaret, non ex condictione furtiua id æstimare debemus, quæ pœnalis non est, sed ex furti actione quæ nihil nisi pœnam, & vindictam publicam persequitur. Ergo semper vera & bona est ratio illa qua Fulcinius & Mela mouebantur, vt ex causa rerum per filiamfamilias amotarum darent in patrem actionẽ De peculio, quòd displicuerit filiamfamilias quæ res amouit furti obligari. Nam rerum amotio etsi re ipsa furtum est *d. l. 1. & l. pen. rer. amot.* quia tamen, neque furti actionem, neq; aliam vllam parit, quæ sit pœnalis, in earum causarum numero, quæ pœnales sunt, poni non potest. In eóque differt maximè à condictione furtiua quæ licèt pœnalis ipsa non sit, originem tamen habet à causa pœnali, hoc est à furto, Vnde fit necessariò vt non patiatur patrem filij conuenti per condictionem furtiuam, teneri de peculio. Hæc verò omnia si non prorsus malè, saltem minùs plenè explicauit Iacobus Cuiacius *in lib. 11. qu. Papin. ad d. l. 5. rer. amot.* vbi quamuis benè viderit optimam esse rationem illam Melæ & Fulcinij, nec in ea quicquam immutandum esse, In eo tamen errauit, quod eius rationis vim totam posuit in qualitate & natura actionis rerum amotarum quæ pœnalis non est, nec ad id respexit quod maximè respiciendum esse diximus, quòd neque causa illius actionis pœnalis est. Ex quo factum fuit vt neque differentiam, neque differentiæ rationem inter cõdictionem furtiuam & actionem rerum amotarum vllam obseruauerit, tandémque coactus sit admittere ex causa condictionis furtiuæ perinde ac rerum amotarũ dãdam esse in patrem actionem de peculio, nisi quod addit, In id quod ex furto peruenit ad patrem: Quasi media hæc sit sententia, & idcirco complectenda inter duas illas quarum vna vellet dari actionem de solido peculio contra patrem ex furto filiifamilias conuenti per condictionem furtiuam, Altera verò eam de peculio actionem in totum denegaret. Decepit virum doctissimum, & quem non deciperet? Tribonianus noster *in d. l. 3. §. vlt. De condict. furt.* qui etiam locus Petrum Fabrum fefellit, vt receptissimam lectionem emendandam putauerit. Credidit enim malam & falsam esse rationem illã vt in patremfamilias quæ res amouit ideò danda sit actio de peculio quòd displicuerit eam furti obligari, Et ita credendi causam hanc vnam habuit quòd si bona esset ratio, consequens fieret, vt si filiafamilias furtum tale fecisset, cuius nomine furti actione posset conueniri, & ideò condictione furtiua conueniretur, non esset danda in patrem actio De peculio, quòd eo casu filiafamilias furti obligaretur. Quod tamen pugnaret cum *d. l. 3. §. pen. De pecul.* vbi non minùs ex causa condictionis furtiuæ quàm ex causa rerum amotarum, datur actio de peculio in patrem. Neque verò huic obiectioni vllomodo satisfacit Cuiacius, Non solùm quia non explicat, Cur actio rerum amotarum pœnalem causam non habeat cùm nascatur ex delicto, Sed etiam quia tametsi benè explicaret rationẽ illam propter quam Mela & Fulcinius actionem de peculio ex causa rerum amotarum in patrem dãdam putauerunt, Nempe quòd displicuerit eam furti obligari, Non tamen explicat quod potissimùm erat explicandum, Cur ergo perinde demus actionem de peculio contra patrem conuento filio ex causa condictionis furtiuæ, cùm ex ea causa furti quoque filius obligetur. Cuius sententiæ si rationem nullam possis reddere, non est quod Petro Fabro succenseas, aut nobis qui à Petro Fabro sic dissentimus, vt non eo magis tamen cum Cuiacio sentiamus: Quin & longè grauio-

grauiorem Cuiacij lapsum in eo esse arbitramur quod vult tam actionem rerum amotarum quàm condictionem furtiuam esse quodammodo pœnalem, vt ipse loquitur, & quodammodo famosam, id est quasi pœnalem, & quasi famosam. Quo admisso esset multò difficilius rationem reddere, Cur ex vtraque illa causa daretur in patrem actio de peculio. Obstaret enim non illa tantùm iuris regula, de qua diximus, quæ non aliter dat in patrem vel in dominum actionem de peculio, quàm si veniat ex contractu, *dict. leg. 1. §. si filiusfamilias De his qui eff. d. vel eiec.* Sed illa quoque de qua *in dict. leg. ex pœnalibus* 58. *De reg. iur.* Quid enim refert an actio sit verè pœnalis, an quasi pœnalis, præsertim si verum esset, quod vult idem Cuiacius, tanti esse momenti quod hæ actiones sint quasi pœnales, vt ob id non minùs denegentur in solidum contra heredem, quàm si verè pœnales essent: quod vtrumque tamen nos posteà refutabimus. Vterque verò in eo errat, sed authore & duce eodem Triboniano *in dict. leg. 3. §. penultim. de pecul.* quod putant actionem de peculio contra patrem ex causa rerum amotarum dari de eo tantùm quod ad patrem peruenit. Quod quoniam abhorret à vulgari formula & potestate actionis de peculio quæ in solidum peculium dari solet, Ideo nimirum Cuiacius fateri cogitur non de directa actione de peculio Melam, & Fulcinium sensisse, sed de vtili, De qua & Papin. *in dict. leg 5. rer. amot.* Nos verò sicuti iam ostendimus actionem de peculio ex causa condictionis furtiuæ non dari contra patrem, ne quidem de eo quod ad patrem peruenit, Ita quàm falsò hæc omnia dicantur in actione rerum amotarum, sequenti capite ostendamus, probemúsque teneri ex ea causa patrem non vtili actione sed directa, nec tantùm de eo quod peruenit, sed etiam in solidum, & ad finem vsque peculij.

ERROR SEPTIMVS.

De vtili actione De peculio danda contra patrem ex causa rerum amotarum viua filia. Ad l. 5. D. rer. amot.

MISERET me interpretum nostrorum & veterum & recentiorum, quoties eos video explorare & æstimare iuris rationem ex iis locis de quorum interpretatione laborant, non ipsos iuris locos ex ratione. Inde namque semper euenire video vt offendant in Principia iuris, dum nihil aliud agunt, quàm vt legum verba captent, & eludant. Id verò in proposita quæstione accidisse comperio doctissimo viro & præcipuo ætate nostra iuris magistro, Iacobo Cuiacio, qui cùm scriptum legeret *in leg. 3. §. vltim. D. rer. amot.* Ex causa rerum per filiamfamil. amotarum actionem de peculio in patrem, dandam esse, Ac rursum *in leg. 3. §. penultim. D. de pecul.* actionem illam de peculio non simpliciter dandam esse, sed de eo tantùm quod peruenit, Non aliter se ex ea difficultate euoluere potuit, & locos illos, qui pugnare videbantur, conciliare, quàm inducta distinctione duplicis actionis De peculio, Vnius quæ sit directa, Alterius quæ sit vtilis. Directam fatetur dari in solidum peculium, At vtilem non nisi de eo quod ad patrem vel ad dominum peruenit. Itaque quod Mela & Fulcinius dicebant dandam in patrem ex causa rerum amotarum actionem de peculio, negat accipiendum esse de directa, sed de vtili, Ex Papiniano *in l.*

Digitized by Google

viua 5. *D. rer. amot.* vbi ait viua quoque filia quod ad patrem ex rebus amotis peruenit, vtili actione petendum esse, Ergo in his omnibus à Cuiacio dissentio. Primùm quia nusquam apud prudentes nostros in hunc vsque diem reperi factam mentionem actionis vtilis De peculio. Neque sanè fieri potest vt vlla sit: Non solùm quòd actio de peculio sit prætoria, Actiones autem prætoriæ quæ omnes ex æquitate sola dantur, & publicæ vtilitatis causa, rariùs illam distinctionem admittant vt quædam sint directæ, quædam vtiles, quomodo solemus distinguere cùm de ciuilibus actionibus tractamus, [etsi in negotiorum gestorum actione quæ prætoria quoque est hanc distinctionem Tribonianus admisit *in leg. actio* 47. *D. de negot. gest.*] Sed etiam quia edicti verba tam generalia sunt vt omnes casus comprehendant, in quibus actio De peculio dari potest, nec vllius vtilis actionis inducendę, cuius nec vlla mentio fit in libris nostris quod meminerim, necessitatem relinquant. Ait namque Prætor *Quod cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit. leg.* 1. *§. verba autem. D. de pecul.* quibus verbis nihil generalius dici potuit, Nisi si eas quoque causas comprehendere Prætor voluisset quæ ex delicto non ex negotio gesto proficiscuntur, Quarum tamen nomine certissimum est actionem De peculio competere nunquam posse *dict. leg.* 1. *§. si filiu familias D. de his qui effud. vel deiec.* Vtiles autem actiones non aliæ esse possunt quàm quæ deficientibus verbis legis aut edicti per solam interpretationem ex æquitate inducuntur. Deinde vt maximè admittendum esset aliquam esse actionem vtilem De peculio, negabo tamen debere illam minùs plenam esse quàm si directa esset. Nam & Tribonianus qui contra iuris rationem primus distinctionem illam prętoriarum actionum directarum & vtilium induxisse videtur *in dict. leg. actio*, disertè scribit nihil referre directa quis an vtili actione agat, vel conueniatur, cùm vtraque actio, inquit, eiusdem potestatis sit eundémque habeat effectum. Non est igitur quòd vtilem actionem De peculio pro directa inducamus, vt ob eam causam patri minorem irrogemus condemnationem, quàm si directa conueniretur. Tertiò falsum est Papinianum *in dict. leg.* 5. *rer. amot.* loqui de vtili actione De peculio. Nam siue legem illam cum præcedentibus iungas, siue cum sequentibus, apparet non de alio quàm de rerum amotarum vtili iudicio intelligi eam posse. Multum verò refert an dicas teneri patrem ex causa rerum amotarum vtili actione De peculio, an verò vtili actione rerum amotarum, Nisi fortè absurdum quoque illud admittere volumus, vt inter actionem rerum amotarum ex persona filiæfamilias contra patrem dandam, & actionem De peculio quæ aduersus patrem ex eadem causa competat, nihil intersit. Quod tamen nemo hucusque dixit. Quid enim commune aut simile habet actio rerum amotarum cum actione De peculio nisi quòd vtraque est prætoria? *leg.* 2. *C. rer. amot.* Aut quid pertinet ad actionem rerum amotarum an peculium aliquod sit necne, vt eo magis vel minùs dari debeat? Quomodo tamen in actione De peculio distinguendum & inquirendum necessariò est, cùm actio illa non aliter tenere possit, quàm si peculium aliquod sit saltem rei iudicandæ tempore *leg. quæsitum* 30. *in princip. D. de pecul.* Quartò, Nec illud etiam verum est mediam esse illam sententiam & temperatiorem vt ex causa rerum amotarum teneatur pater vtili actione de peculio in id tantùm quod ad ipsum peruenit. Nam quemadmodum plus esse potest in peculio, quàm in eo quod peruenerit, ita & minùs. Quo casu cùm minus est in peculio, euenire necesse est vt plenior futura sit actio vtilis de peculio

quæ

quæ dabitur in id omne quod ad patrem peruenit ex rebus amotis, quàm directa, quæ supra peculij quantitatem numquam competit. An non verò hoc quoque perabsurdum fuerit, vt actionis vtilis maior potestas sit, quàm directæ? & vt duriùs teneatur pater conuentus ex persona filiæ vtili actione De peculio, quàm si directa conueniretur? Quintò illa quoque ratio falsa est, quam adducit Cuiacius quare non possit actio directa de peculio competere aduersus patrem ex causa rerum per filiamfamilias amotarum, quòd actio rerum amotarum detur ex delicto, De peculio autem si directo & summo iure agatur, non possit agi nisi ex contractu, & negotio gesto. Nam præter id quod actionis rerum amotarum singulare ius illud est vt quamuis ex furto pendeat *leg. si mulier 21. §. vlt. rer. amot.* tamen ex contractu quoque oriatur sed ex malè contractu, quia præcedentis societatis vitæ causam habet, vt eleganter scribit Tryphoninus *in l. si rerum 52. D. de re iudic.* quod ante nos nemo, vt arbitror, obseruauit, Probaret potiùs hæc ratio, Vel nullam penitus actionem de peculio dandam esse in patrem, id est non magis vtilem quàm directam cùm ex solo delicto actio venit, quod sanè verissimum est, Vel dandam esse vtilem omni casu, id est etiamsi ex solo delicto veniat actio quod contingit in condictione furtiua cęterisque omnibus actionibus pœnalibus, quæ scilicet quo magis nascuntur, vt ita dixerim ex delicto, aut vt meliùs dicam, ex grauiore delicto, eo magis sunt pœnales. Atqui falsum est dari actionem de peculio ex pœnalibus causis *d. l. ex pœnalibus 58. De regulis iur.* non solùm si actio quæ contra filium instituitur sit merè pœnalis ex vtraque parte & actoris & rei, Sed etiamsi sit mixta partim pœnalis, & partim rei persecutoria, Pœnalis ex parte illius qui conuenitur, Persecutoria verò rei ex parte actoris, Adeòque licèt nullomodo sit pœnalis, meràmq; rei persecutionē contineat vt condictio furtiua: Est enim generalis sententia *d. l. ex pœnalibus*, nec vllam admittens exceptionem, nisi quam nos adhibuimus in superioribus, si filiusfamilias condemnatus sit, vt pœnalis causa conuersa sit in causam iudicati *ex l. etsi condemnatus 35. D. de noxal. act. l. 3. §. idem scribit D. de pecul.* Neque rursus de vtili actione minùs quàm de directa intelligi ea regula debet, ne alioqui futura sit sine effectu si actionem directam de peculio in patrē ita quis deneget, vt tamen vtilem concedat. Nemo autem nescit regulas iuris sic esse accipiēdas, vt non tam ad subtilitatem iuris, quàm ad rei effectum referantur. Sextò falsum etiam illud est, Dari vnquam actionem de peculio in id quod ad patrem vel dominum peruenit, si detur illa secundum vulgarem formulam, quomodo loquitur Paulus *in l. si seruus nauem 42. D. de furt.* Hoc enim addendum est vt excipiā eum casum quo agitur de in rem verso: quæ species quidem est actionis de peculio, sed habens propriam & à vulgari separatam formulam, vt in præcedentibus explicauimus, & cui proinde locus nullus esse potest nisi iis ipsis casib. quibus actio de peculio locum habere possit. Fatendū igitur est, quod Mela & Fulcinius dixerunt, si filiafamilias res amouerit dandam esse in patrem actionem de peculio, ita accipi oportere vt non de eo quod peruenit actio illa detur siue plus siue minus, quàm in peculio est, peruenerit, sed ad concurrentem vsque peculij & furti quātitatē, etiamsi vel nihil vel minus ex rebus amotis peruenerit ad patrē, Nō in plus, licèt ad patrē plus peruenerit, quàm sit in peculio. Residuū enim sicut in actionē de peculio venire cum effectu non potest, ita ne apud patrem impunè remaneat, alia actione petendum necessariò est. Hancque interpretationē non illud solùm probat quòd Paulus *in d. l. 3. §. vl. rer. amot.* distinguit casum illum quo pater teneatur de peculio ex causa rerum amotarum, & il-

lum,quo teneatur de eo quod ad ipsum peruenit : Quod & duarum legum sequentium connexio demonstrat: Sed illa etiam Iuliani sententia quam Paulus refert & probat *in leg. penultim. D. de condiction. furt.* Ex persona filiæfamilias quæ res amouit dandam esse in patrem condictionem in peculium: quo nomine certum est non aliam quàm de peculio actionem significari, quæ & ipsa condictio rectè appellatur, generali eo nomine quod actionibus omnibus personalibus commune est. Etsi enim cõdictionem simpliciter cùm nostri prudentes dicunt, alio sensu intelligere solent, id est de ea condictione quæ fit quidem in personam, sed per quam intendamus dari nobis oportere, vt constat *ex l. si quis in Asia 12. §. vlt. D. deposit.* & aliis penè innumeris quæ sunt sub titulis, De condictionibus, De furtis, & alibi passim. In proposito tamen cùm Paulus ex Iuliano tractet de condictione in peculium, apparet neque de condictione furtiua posse illum accipi quam omnes fatentur non magis cõtra patrem quàm contra ipsam filiamfamilias quæ res amouit posse competere : neq; de actione rerum amotarum, quæ condictio dici proprio & speciali hoc sensu nullomodo potest, vt postea probabimus, sed tantùm de actione de peculio, propter adiectionem illam *in peculium.* Nam nec condictio furtiua, nec actio rerum amotarum datur vnquam in peculium, quia prius esset vt dari deberet contra patrem, contra quem sola competit actio de peculio ab iis cõdictionibus distincta omnino & separata : Errauit itaque Tribonianus, cùm sub Vlpiani nomine scripsit *in d. l. 3. §. pen. De pecul.* Circa rerum amotarũ actionẽ nomine filiæfamilias quæ res amouit actionem de peculio dandam esse contra patrem in id quod peruenit. Nisi fuit ille prudentior Mela, Fulcinio & Iuliano qui actionem de peculio sine vlla vel exceptione, vel adiectione cõtra patrem hoc casu dari debere scripserunt. Sed & manum inscitiámque Triboniani produnt verba illa *filiæfamilias nomine* quibus vsus ille est pro eo quod dicere debuerat post Paulum & Iulianũ *ex persona filiæfamilias.* Nam cùm pater conuenitur de peculio ob res per filiam amotas, aut ex quauis alia causa quæ actionem de peculio possit inducere, conuenitur quidem ex persona filiæ, non tamen filiæ nomine sed suo, Alioqui non de peculio sed in solidum conueniendus esset, quemadmodum & illa conueniretur *l. si quis cum filiofamilias 44. D. eod. tit. De pecul.*

ERROR OCTAVVS.

De actione quæ ob res amotas contra patrem competit suprà quàm sit in peculio Ad l. viua 5. D. rer. amot.

AT cùm suprà dixerimus, Teneri debere patrem de eo quod ex rebus amotis ad se peruenit suprà quàm sit in peculio, sed alia actione quàm de peculio, cùm non possit de peculio actio extẽdi vltra quàm in peculio est, Quæri adhuc potest quænam illa actio sit quæ in hanc rem competat. An condictio quam suprà diximus dari in patrem ad quem aliquid peruenit ex furto filij, vel nullum, vel exiguius peculium habentis ? Condictio inquam non furtiua sed quam generaliori nomine diximus appellari *non ex iusta causa*, de qua *in leg. contra 6. §. sed*

§. sed si morte & in l. rerum quidem 25. *D. rer. amot.* Ita sanè puto, cùm perpetuò & generaliter verum sit quod ait *d. l.* 25. iure gẽtium cõdici posse res ab his qui nõ ex iusta causa possident. Sed tamen illud etiã dicendum arbitror, competere ex hac causa vtilem actionẽ rerũ amotarum pro residuo illo quod excedit quãtitatẽ peculij, quemadmodũ competeret si filia peculium nullũ haberet, Quo casu nemo diceret posse ex eius persona conueniri patrẽ actione De peculio, Vel ob id magis admittendũ esse vt ex delicto filiæ pater impunè locupletaretur, Et ad hos nimirũ duos casus puto restringendũ esse quod ex Papiniano scriptũ legimus *in d. l. viua* 5. *eod. tit.* Viua quoq; filia quod ad patrẽ ex rebus amotis peruenit vtili iudicio petendũ esse, scilicet cùm vel peculiũ filiæ nullũ est, vel minus est in peculio quàm in rerũ amotarum æstimatione. Nã cùm vtile iudicium rerũ amotarum non nisi ex necessitate induci debeat contra patrem, qui nihil ipse amouit, neq; amouendi consiliũ dedit, nulla certè ratio est vt admittamus, posse vtile iudicium rerũ amotarum concurrere cum actione De peculio, quæ per se sufficiens est ad indẽnitatem coniugi præstandã quatenus in peculio est, Sed ad illud tunc recurrendũ est, cùm actio de peculio, vel deficit omnino, vel manca est, ne plenã indemnitatẽ adferre possit. Atq; ita Melæ & Fulcinij sententia quę ex causa rerũ per filiãfamilias amotarũ dat in patrẽ actionem de peculio, non sic tẽperanda est ex Papiniani lege vt de eo tantùm quod ad patrem peruenit dari debeat, quomodo Cuiacius existimat, sed de alio casu intelligẽda quàm de quo Papinianus senserit. Quemadmodum enim non potuerunt Mela & Fulcinius actionẽ illam de peculio dare nisi eo casu quo aliquod filiæ peculiũ esset, Ita neque Papinianus vtile iudicium rerũ amotarum contra patrem inducere, nisi eo casu quo actio de peculio vel nulla cõpeteret, vel quę competeret sufficere non posset ad totũ turpe lucrum patri extorquendũ. Dices, Neq; his casibus necessitatem vllam subesse inducendi contra patrem vtilis iudicij rerum amotarũ, si verum est quod modò diximus etiam condictionem generalem competere aduersus patrẽ qui res per filiam amotas non ex iusta causa possidet: Quãuis enim condictio illa cõcurrere possit nõ modò cum cæteris actionibus *d. §. sed si morte*, sed etiam cum actione ipsa directa rerum amotarum *l. ob res amotas* 24. *eod. tit.* Ipsum tamen iudicium vtile rerum amotarũ non magis cum illa condictione generali concurrere potest, quàm cũ alia vlla actione. Quippe quod nec vtile dici possit, nisi cùm est necessarium. Sed respondeo Concursum generalis illius actionis non facere quominùs vtile ac necessariũ esse possit iudicium rerũ amotarum, Non ob id solùm quòd condictio illa nihil nisi res ipsas & corpora persequitur exemplo vindicationis *d. l. ob res amotas & seq.* fieri autem facilè potest vt res per filiamfamilias amotæ extare desierint, aut fortassis venditę sint, & ex earũ tamen precio pater locupletior factus sit, aliis puta rebus in earũ locum & ex eo precio comparatis, sed etiam quia rerũ amotarum actio pleniores habet præstationes siue directa, siue vtilis sit quàm condictio, Vel ob id maximè quòd in ea non etiam in condictione, iuratur in litẽ *l. si cùm dos* 8. *§. vltim. cum l. seq. eod. tit.* & omniũ cõmodorum quæ amotis rebus vir amiserit, ratio habetur in iudicio rerũ amotarum *l. si mulier* 21. *§. commodi eod.* non autẽ in condictione, quę ipsarũ tantùm rerum est, vt loquitur *d. l. rerum quidem* 25. non etiã accessionũ præsertim quæ non sint naturales, sed ciuiles puta vsuræ, quæ nec in alias cõdictiones vnquã veniunt, licèt fructus ipsi veniant *l. indebiti* 15. *D. de condict. indeb. l. videamus* 38. *D. de vsur.* Adde quòd actio rerũ amotarum quoties cõpetit, ita competit vt cõtra eam quoque personam detur ad quam res amotæ nõ per-

uenerunt *leg.sed etsi 19.in fin. D.rer.amot.* Nec minùs vtilis quàm directa, Vt puta in specie *d.l.si mulier 21.in princ. eod.* Condictio autẽ de qua agimus nũquam datur nisi aduersus eum qui possidet *d.l.rerum quidem.* Sed postrema hæc ratio non est ad rẽ nostram accõmodata, Cùm fateamur patrem vtili iudicio illo rerum amotarum non in aliud teneri quàm in id quod ad ipsum peruenit, Ergo nec aliter, quàm si res amotæ ad eum peruenerint vel in totum, vel ex parte, Nõ quòd vtile iudicium minùs plenum hac parte esse debeat quàm directũ, si cõtra mulierẽ ipsam exerceatur quę amouit, vt *in d.l.19. & 21.* Sed quia cùm vtile iudicium non detur nisi ex æquitate, perinde ac ex necessitate, nemo vtiq; dixerit æquum esse vt eo iudicio teneatur pater ex persona filiæ, si nihil ad eum ex rebus amotis peruenerit, aut suprà quàm peruenerit, cùm neq; ipse amouerit, neque heres sit filiæ quæ amouit: Satisq; durè cum eo agitur quod vtili rerũ amotarum iudicio nihilominùs conuenitur, qui non similiter ex furto filiæ cõueniri vnquam posset condictione furtiua, nec magis vtili quàm directa, ne quidem de eo quod ad ipsum peruenisset. Inauditum.n.est apud nostros nomen vtilis condictionis furtiuæ, In quo rursus alia differentia perelegans est, quam tamen nemo obseruat inter actionẽ rerum amotarum & condictionem furtiuam. Et ratio differentiæ non aliunde petenda est quàm vnde illam petiimus, quę in superioribus allata fuit, quod ex causa rerum amotarum potest conueniri pater de peculio, Ex causa verò condictionis furtiuæ non potest. Nempe quòd cõdictio furtiua ex solo delicto furtóq; nascatur, Actio autem rerum amotarum licet ex furto pendeat, oriatur tamen ex malè contractu & ex præcedente illa societate vitæ quæ per matrimonium contrahitur *d.l.si rerum 52.De re iudic.* Inde namq; fit vt minùs conqueri possit pater qui ex persona filiæ cuius nuptiis cõsensit vtili actione rerũ amotarum conuenitur, tametsi rerum amotioni non consenserit, quàm si vtili condictione furtiua conueniretur ex filiæ furto cuius cõmittendi neq; consilium, neque causam vel occasionem vllo vnquam tẽpore præbuisset. Sed supersunt adhuc explicanda aliqua quæ interpretes nostros malè torquent *in d.l.3.§.vlt.rer.amot.* de quibus mox videamus.

ERROR NONVS.

De actione rerum amotarum danda in patrem mortua filia de eo quod ad patrem peruenit Ad l.3.§.vlt.in fin.D.rer.amot.

POSTQVAM dixit Paulus *in l.3. §.vlt. in princ. D.rer. amot.* ex Melæ & Fulcinij sententia dandam esse actionem de peculio in patrẽ filiæ quæ res amouit, quia displicuit eam furti obligari, Vel in ipsam filiam ob res amotas dari actionem, quod nos hucusq; explicauimus, Subiicit in hæc verba, *Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quàm si filiam rerum amotarum iudicio in solidum & cum satisdatione defendat.* Quorum verborum sensus neq; difficilem interpretationẽ habet, neq; obscurã rationẽ. Cùm.n.soluto per diuortium matrimonio dos sit cõmunis patri & filię *l.2.§.1.D.solut.matr.* ideóq; nec filia possit dotẽ repetere, nec pater nisi adiuncta persona filiæ, Cõueniens sanè est, nec minùs rationi iuris quàm æquitati cõsentaneum vt nõ aliter patri permittatur agere de dote quàm si filiam defendat in solidum iudicio rerum amotarum, adeóq; cum satisdatione, Ex regula illa iuris quæ non patitur vt quisquã licèt locupletissimus ad defensionẽ alterius sine satisdatione admittatur *l.qui proprio 46. §.qui alium D.de procurat.* quoniam qui

alienam

Digitized by Google

alienam rem defendit nunquã locuples habetur *l. qui rem alienã 66. De reg. iur.* In quo tamen dubitandi ratio illa occurrebat, quod quàuis dos sit cõmunis patris & filiæ, itémq; actio de dote, Exercitium tamen actionis solius est patris *d. l. 2. §. 1. solut. matrim.* Proinde videbatur agenti patri de dote nõ debere obstare, ꝙ filia rerum amotarũ iudicio conueniretur, cùm nõ in ipsum sed in filiã iudicium rerum amotarum detur, Non autẽ filia illa sit quæ de dote agit, sed pater. Sicuti solemus dicere, Eius quod alij debetur compensationem alij obiici non posse *l. eius 9. C. de compensat.* Adde quod nihil cõmune habet actio de dote cum actione rerum amotarum, quippe quæ comperit etiãsi dos nulla sit *l. si cùm dos 8. D. rer. amot.* Sed ratio decidẽdi ex eo petẽda est, quod effectus rei potissimùm inspiciendus sit, Per actionẽ verò de dote etiam quam solus pater exerceat, cõmodum dotis filiæ acquiratur, Ita vt etiã post litem contestatam mortuo patre aliis heredibus relictis dos ad solã filiam pertineat, nec si à patre sit exacta, minui tamẽ ab eo possit, nisi diminutis ipsius patris facultatibus *l. vnic. §. & hoc ex rei vxoriæ actione.* iunct. *Auth. sed quamuis C. de rei vxor. act. §. quia verò Nouell. 97. De æqual. dot.* Non magis igitur permittendũ est patri vt adiuncta filiæ persona de dote agat si non & in solidum & cum satisdatione filiam defendat iudicio rerum amotarum, quàm vt agat non adiuncta filiæ persona. Itaq; nocet patri non quòd de dote agat, sed quòd agat coniuncta filiæ persona, qui aliter agere nullomodo posset, Rei scilicet vxoriæ actione. Nam si ageret ex stipulatione cùm fortè dotem dando sibi eam reddi stipulatus esset, aliud certè iuris obtineret, quia actionem illam exercere posset non expectato filiæ consensu, Ideóque nec filiam iudicio rerum amotarum defendere in solidum teneretur. Iure nimirum vetere inspecto quod Pauli temporibus obtinebat. Hodie enim hoc à Iustin. immutatum est transfusa hac parte in naturam actionis rei vxoriæ natura actionis ex stipulatu *d. §. & hoc.* An igitur hodie generaliter & indistinctè dicendum erit quod Paulus dicere non potuit, Cogendum patrem defendere filiam in solidum iudicio rerum amotarum quoties dotem repetere quacunque actione velit? Ita certè consequens esset supradictæ Iustiniani cõstitutioni si nihil aliud noui Iustinianus induxisset. At cum eâdem ipsa constitutione induxerit, vt sileat hodie ob res amotas retentio quæ olim dotis repetitionem impediebat, *d. l. vnic. § taceat. vers. sed nec retentio,* Consequens potius est vt è contrario dicamus, Nullo casu debere hodie nocere patri, quòd adiuncta personæ filia de dote agat, etiamsi filiam iudicio rerum amotarum in solidum defendere recuset, quia nec ipsi filiæ si sola dotem repeteret, nocere tamen posset quod res mariti amouisse diceretur. Nec enim fieri potest vt patri agenti adiuncta filiæ persona nocere debeat, quod ipsi filiæ non noceret. Sed quod filiæ nocet, id verò etiam patri nocere æquũ est quoties agit adiuncta filiæ persona. Idq; siue peculiũ aliquod filia habeat, siue nullũ, id est siue in patrẽ cõpetat ex causa rerũ amotarũ actio de peculio, siue ideo non cõpetat, ꝙ filiæ peculium nullũ sit, Sed cum hac tamen differentia, ꝙ cùm filia peculium nullum habet, quæ mariti res amouisse dicitur, nullomodo potest pater eo nomine per actionem conueniri, si nihil ad eum ex rebus amotis peruenerit, quia nec causa vlla subest dandę hoc casu actionis in patrem: Solúmque superest auxilium marito contra quem pater cum filia de dote agit, vt de rebus amotis excipiat, & eius exceptionis beneficio actionem de dote elidat, si non sit paratus pater in iudicio rerum amotarum filiam suam & in solidum, & cum satisdatione defendere, quomodo & aliàs plerumque euenit vt per exceptionem quis in solidum retineat id quod

per actionem consequi solidum non posset *l. si cum filiofamilias 9. in princ. D. de compens. l. si seruus 57. D. de aedilit. edict. l. cum fundus 31. §. 1. De reb. cred.* At cùm filia peculium habet, euenit vt non ipsa tantùm conueniri possit rerum amotarum iudicio in solidũ, sed etiam pater, licet cum hac adiectione peculio tenus, & quatenus in eo est non vltra vires peculij: Hoc enim est quod dicere solemus De peculio non esse proprium nomen actionis, sed qualitatem tantùm imminutionem, vt ita dicam, eius ipsius actionis quæ contra filiumfamilias qui in potestate est, in solidum exercetur, Sicut in præcedētibus diximus de actione noxali *ex §. sunt autem. Instit. de noxal. action.* iunct. *l. 3. §. cui congruit* in illis verbis *non de in rem verso, sed de peculio actione mandati præstaturum D. de pecul. l. 1. Cod. quod cum eo qui in alien. potest.* Nempe quia quisquis contrahit cum filiofamilias sicuti ex eodem contractu duos habet obligatos, filiumfamilias in solidum, patrem verò de peculio *l. si quis cum filiofamilias 45. eod. tit.* Ita & eandem contra vtrumque actionem habet, eam nimirum quæ oritur ex negotio gesto. Proinde cùm dicimus ex causa rerum amotarũ per filiamfamilias teneri patrem de peculio, hoc vnum significamus, Eam ipsam actionem rerum amotarum quæ ob res amotas datur contra filiam dari etiam contra patrem, cum hoc tamen discrimine, quòd in solidum datur contra filiam, In patrem verò non nisi de peculio *§. actiones autem. Inst. de action.* Cæterùm eadem actio est, ob idque mirum videri minus debet, quod hoc casu teneatur pater filiam non modò ad finē peculij defendere, sed etiam in solidum iudicio rerum amotarum, si velit ille adiuncta filiæ persona de dote experiri, cùm ipse quoque perinde ac filia iudicio rerum amotarum conueniatur, tum etiam cùm non nisi ad concurrentem vsq; peculij quantitatem conuenitur. Itaq; de illo solo deliberari hoc casu potest, nō an actio rerum amotarum danda sit in patrem, sed an danda sit simpliciter & in solidum, quomodo contra filiam ipsam datur, an verò cum adiectione illa De peculio, Cui tamen distinctioni locus esse non potest cùm filiæ peculium nullum est. Tūc.n. nullomodo conueniri pater possit iudicio rerum amotarũ, Neque in solidum quia ipse non amouit, neque de peculio, quod non est. Cessante videlicet hoc casu non modò summi iuris potestate quæ non patitur vt ex contractu filij pater teneatur, *tot. titul. Cod. ne filius pro patr. & ne pat. pro fil. conuen.* sed ipsa etiam iuris prætorij æquitate, de qua *in d. §. actiones autem. Inst. de action.* Ex quo tamen loco apparet, id quod diximus, Actionem quæ de peculio datur contra patrem, eandem illam esse quæ contra filium aut filiamfamilias in solidum competit, Accipi sic oportere, vt eadem sit nomine & genere potiùs quàm ita vt eadem sit numero & specie. Quomodo enim posset eadem esse & numero & specie, cùm ea quæ competit aduersus filiumfam. ex contractu sit ciuilis, Quæ verò contra patrem de peculio sit prætoria? Etsi verò dici hoc non potest in actione rerum amotarum, quæ quia non ex contractu proximè ac immediatè, sed ex delicto nascitur, prætoria est non ciuilis *l. 2. C. rer. amot.* Non eominùs tamen verum est actionem de peculio quæ ex causa rerum amotarum datur contra patrē esse aliā numero & specie quàm quæ datur cōtra filiamfamilias quæ res amouit. Hæc enim directa est & competit ex verbis edicti cōtra filiam quæ amouit, quia ex ipsius delicto nascitur. Actio autem rerum amotarũ quam Mela & Fulcinius dabant contra patrem peculio tenus, non potest directa esse cùm pater nihil deliquerit, sed vtilis tātùm est, quia ex sola æquitate cōparata est aduersus summā strictāmq; iuris rationē, licèt cōpetat ex ipsis verbis edicti De peculio *d. §. actiones.* Iunct. *l. 1. §. verba autem D. de pecul.* Quod ergo

Paulus,

Paulus scribit *in d.l.3. §.vlt.rer. amot.* Si pater adiuncta filia de dote agat, nō aliter ei dandā actionē quàm si filiam rerū amotarum iudicio in solidū defendat, non aliū sensum habet, quàm vt hoc casu non sit audiendus pater etiāsi totū id offerat quod in peculio est, quemadmodū esset audiendus si iudicio rerū amotarū ex persona filiæfam. conueniretur. Opponūtur.n. ista tanquam cōtraria. Teneri patrē ex filiæ persona De peculio, & Teneri in solidū *d.l. si seruus 57. De ædilit. edict. d.l. si cū filiofamilias 9. De compens.* Et cōsequenter significat Paulus eū se casū tractare quo filiafamilias quæ res amouit peculiū habuerit, Nā & de eo ipso casu tractauerat initio §. cùm dixerat, Dandā in patrem de peculio actionē ex causa rerū per filiamfamilias amotarū. Quid tamen si filia peculiū nullū habeat? Iā diximus non eo minùs teneri patrē defendere filiā in solidū iudicio rerū amotarū, si ipse adiuncta filiæ persona de dote agat. Quod.n. filia peculium habet, facere debet vt eo magis teneatur pater saltē de peculio qui alioqiun ex facto filiæ nullomodo teneretur, Nō etiam vt teneatur in solidū, Ac proinde si quādo peculiū non habeat, facere hoc è cōtrario non potest vt ob id minus teneatur filiā in solidū defendere illo casu, quo si peculiū aliquod esset, ipsam in solidū defendere cogeretur. Sequitur apud Paulū *sed mortuâ filiâ, in patrē rerum amotarū actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.* Hæc verò verba sunt quæ difficiliorē habere videtur interpretationē. Dubitari.n. potest an eum casum persequatur Paulus, quē hucusq; tractauit, De filia quæ viuens & peculiū habuerit, & rerū amotarum iudicio conuenta sit, An verò de filia quæ vel peculiū nullum habuerit, vel priùs decesserit quàm iudicio rerū amotarū cōueniretur. Itē an de patre qui dotē petere incipiat post mortē filiæ, An de illo potiùs quem tametsi dotē nullam petat adhuc tamē ex persona filiæ iudicio rerū amotarū inquietare maritus velit: Deniq; an quod à contrario sensu Paulus non obscurè admittit, Mortua filia quæ res amouerat dandā esse in patrē actionem rerum amotarum quatenus ex rebus amotis ad patrē peruenit, aut dolo eius factū est quominùs perueniret, de directa rerum amotarū actione accipiendum sit, an de vtili, de qua *& in l.5. eod.* Alij enim aliter atq; aliter interpretantur: Et videntur casus omnes supradicti sicut diuersi sunt, ita & diuersam habere iuris rationē. Verius tamen est nullo penitus casu dandā esse actionem rerū amotarum in patrem post mortē filiæ, Neq; tanquam contra heredē, cùm nullo casu filiafamilias olim heredē habere siue ex testamento, siue ab intestato potuerit, Neq; tanquā contra patrē De peculio, quoniam siue peculium nullum habuit filia, de peculio actio cōpetere nulla potest, siue habuit, certum tamē est desiisse illud esse peculiū ab eo instanti quo filia mortua est *l.1. D. quād. de pecul. act. est annal. l. certū 13. C. fam. ercisc.* Nā vt eleganter Papirius Frōto dicebat, Peculiū homini simile est, Nascitur, Crescit, Decrescit, Moritur. *l. peculium 40. D. de pecul.* Moritur autē non solùm si ademptū sit vt ea lex ait, Sed etsi mortua sit ea persona quæ peculiū habuit, Adeóq; licèt mortua non sit, sed tamen statum mutauerit, puta si is qui filiusfamilias fuit factus sit paterfamilias morte patris *d. l. certū est 13. C. famil. ercisc.* Dices, Etiam mortuo filiofamilias, atque ita extincto peculio, nō eo minùs superesse actionē de peculio intra annū, perinde ac si per emancipationē exiisset de potestate, *Ex d.l.1. & tot. ti. Quand. act. de pecul. est annal.* Debuisse igitur hunc saltem casum à Paulo excipi, permissa marito actione rerū amotarū etiam mortua filia, saltē de peculio & intra annū contra patrem. Respondeo posse non incōmodè Paulū sic accipi vt deneget mortua filia actionē rerum amotarum de peculio aduersus patrem post annū, at non etiam intra

Digitized by Google

annum. Nec enim hæc interpretatio tollit antithesim illā quā Paulus ponit inter eos casus duos, si viua filia De peculio pater cōueniatur, &, si rerum amotarum actione post mortem filiæ, siquidē actio De peculio quæ viua filia exercetur perpetua est, nō vt ea quæ post filij mortē, annalis *d.l.1.§.1.l.2.& 3.D. quād. act.de pecul.est annal.* Sed tamē probabilius videtur, vt supradictis verbis Paulus ex Proculi sententia excludere voluerit tam actionem rerum amotarum, quæ in solidum contra patrem post obitum filiæ danda videbatur, quàm actionem De peculio, De qua sicut dubitari vix poterat quin salua esset intra annū, Ita nec de illo, quin extincta esset post annum. Id enim cōuenientius est ei quod proximè dictum fuerat De filia per patrem in solidum defendēda iudicio rerum amotarum, si pater adiuncta filia de dote agere vellet. Et ob hoc ipsū benè Paulus subiecit aduersatiuè *sed mortua filia in patrem rerum amotarū actionē dari nō oportere* cùm dubitari alioquin perelegāter potuisset an nō perinde hoc casu dāda esset rerum amotarū actio in solidum contra patrem, atq; si pater de dote ageret cōiuncta filiæ persona. Siquidem non minùs consequitur pater ad quē tota dos redit mortua filia, quàm si ea viuēte, & adiuncta ipsius persona dotem repetiisset. Imò tantò plus, quòd sibi dotē totā hoc casu retinet, quā viuēti filiæ ad causam secundarū nuptiarū seruare cogeretur. Cur ergo melior ipsius condicio esse debebit, quàm si coniuncta filia dotē reposceret? Ratio tamen adferri nō inelegāter illa potest, quòd cùm ob mortē filiæ tota dos redit ad patrē, aut actio de dote in persona patris, vt loquūtur nostri tota cōsolidatur, nō ideò acquirit quicquam pater ex persona filiæ, aut per eius occasionē, sed amouetur tātùm obstaculū quod erat impedimento ne viua filia dotē repetere pater solus posset. Mutatúrq; in melius causa patris per mortē filiæ, vt qui eâ viuâ non nisi patriæ potestatis iure dotem repetere poterat, eâdē mortua totā dotem solus habere debeat ratione miserationis, *l.iure succursum 6.D.de iur.dot.* Nulla igitur ratio est cur ob eam causam debeat pati iudiciū rerū amotarū, cùm filiæ nō solùm heres non sit, sed neq; successor ne quidem in dote. An ergo actione rerum amotarū conueniri nullomodo poterit? Imò poterit, sed neq; in solidum, neq; directa actione; At de eo tantùm quod ad ipsum peruenerit ex rebus amotis, Id est non peculio tenus & actione de peculio si plus ad patrem peruenit, quàm in peculio sit, sed supra peculiū & actione De in rē verso, quæ semper cōpetit de eo quod peruenit, & ex omni causa ex qua competit actio de peculio, Adeóq; interdum etiamsi actio de peculio in effectu nulla sit ob annalē exceptionē, vt in specie *l. 2.D. quand.act.de pecul.est annal.* Formula enim actionis de in rē verso semper actionem perpetuam facit. Itaque sicut in secunda specie quam Paulus tractat *in d.l.3.§.vlt.* de patre dotem repetente cū filia, vult ille teneri patrem vt in iudicio rerum amotarum defendat filiam in solidum, ad differentiam præcedentis speciei, in qua dixerat ex Melæ & Fulcinij sententia dandam contra patrem dūtaxat actionem De peculio, sic & in tertio casu de patre dotem repetente post mortem filiæ, cùm negat Paulus teneri patrem iudicio rerum amotarum nisi in quantum locupletior factus est, Excludit tantùm condemnationem solidi, non etiam actionem de peculio quæ sit de in rem verso.

ERROR DECIMVS.

De variis actionibus, quæ competunt contra patrem ob res amotas per filiamfamilias.

lias. Et ad l. contrà 6. in princ. & §. quoties D. rer. amot.

AT quid si plus sit in peculio filiæ defunctæ, quàm in rem patris versum fuerit? Vt plenior hoc casu futura sit De peculio actio quàm de in rẽ verso. Nõ erit hoc casu exclusa de peculio actio, dummodò intra annũ à die mortis filiæ proponatur. Eadẽ náque subest æquitas & iuris prætorij ratio, ad dandã cõtra patrẽ de peculio actionẽ supra quàm in rẽ patris versum sit, cùm pl⁹ est in peculio quàm in eo quod in rẽ versum est, quę subest ad dandã actionẽ de in rem verso, cùm plus in rem versũ est quàm sit in peculio. Nec differẽtia inter hos casus vlla est, nisi quod priore casu actio de peculio est annalis, Posteriore verò est perpetua: Cæterùm vtraq; actio præsupponit aliquod fuisse viuentis adhuc filiæ peculium, Alioqui nõ magis de in rẽ verso actio post annum cõtra patrem superesse potest præmortua filia, quàm simplex intra annum actio de peculio, cùm vbi peculium nullum est nec de peculio nec de in rem verso agi possit, vt sæpiùs diximus. Quid ergo si peculium quidem viuentis filiæ aliquod fuit, sed annus tamen præterierit intra quem de peculio agi debuit? Sola supererit actio De in rem verso, cui nunquam obest quòd simplex & annalis actio De peculio extincta sit *dict. leg. 1. de in rem vers.* Quid si peculium nullum fuerit, & tamen ex rebus amotis aliquid ad patrem peruenerit? Non magis de in rem verso quàm de peculio actio salua erit, quia neutra competit sine peculio. Ergóne locupletabitur impunè pater ex delicto filiæ? Quando nec directo rerum amotarum iudicio conueniri potest, nec simplici actione de peculio, nec de in rem verso. Verùm cessantibus his omnibus, alio tamen remedio adhuc succurri marito potest contra patrem, Dato scilicet aduersus eum vtili rerum amotarum iudicio, Nam si verum est quod ex Papiniano subiicitur *in leg. 5. eo. tit.* Viua quoque filia quod ex rebus amotis ad patrem peruenit vtili rerum amotarum iudicio petendum esse, quidni etiam mortua filia idem admittemus? An non eadem æquitas est dandæ vtroque casu actionis vtilis, ne pater ex aliena iactura impunè locupletetur? Præsertim verò cùm facilius sit, vt viua filia succurratur alio remedio contra patrem, Scilicet per actiones illas, quas diximus, aut de peculio, aut de in rem verso si peculium aliquod sit. Est enim facilius vt viuentis filiæ peculium sit, quod mortuæ nullum esse potest, ac proinde vt de peculio sit actio & quidem perpetua, quandiu filia viuit, dum ne sit emancipata, quàm vt post mortem filiæ: quo tempore non nisi annalis esse potest. Nec sanè dubitandum arbitror quin id quod Papinian. scripsit *in d. l. 5.* de dando vtili iudicio rerum amotarum in patrem viua quoque filia de eo quod ad patrem peruenit, ad eum casum referri debeat, quæ filia nullum peculiũ habuerit. Quid enim necesse esset inducere vtilem actionem rerum amotarum, sufficiente ordinaria actione de peculio, aut De in rem verso? Nisi fortè probabilius quis putet Papinianum Iuliani hac parte sententiã secutum, vt aliàs ferè solet, nõ admisisse quod Mela & Fulcinius volebant, dandam esse in patrem actionem De peculio ex causa rerum amotarum, vt neque ex alia vlla causa quæ ex delicto proficisceretur, Nec eo magis tamen dedisse cum Iuliano condictionem aduersus patrem in peculium, vt *in leg penultim. D. de condict. furt.* quòd condictio illa quamuis non ex delicto nascatur, sed potius ex eo quòd rerum amotarum possessio penes filiam sit non ex iusta causa, non tamen competat ex contractu: quod ad inducendam actionem De peculio regulariter exigitur.

Digitized by Google

induxisse vt ex ea causa teneatur pater iudicio ipso rerum amotarum, at non directo, cùm nihil ipse deliquerit, sed vtili, Neque in peculium, id est ad quantitatem vsque peculij si plus sit in peculio quàm ad patrem ex rebus amotis peruenerit, Sed tantùm De eo, quod ad patrem peruenit, siue plus peruenerit, siue minus: Quæ tertia ac veluti media inter Iuliani & aliorum opiniones sentẽtia est; tantóque probabilior quanto minus recedit à regulis iuris. Rursúmque tanto magis recipienda, cùm post mortem filiæ agitur aduersus patrem qui eo tempore de peculio conueniri nullomodo possit neque de in rem verso, quòd viuẽs filiæ nullum peculium habuerit. Solet enim vtilis actio contra patrem vel dominum tunc dari cùm actio de peculio deficit *l. ex facto 52. in fine princ. D. de pecul.* Nec audiendi sunt qui in contrarium sic argumentantur ex Paulo *in d. l. 3. §. vlt.* vt quia denegat mortua filia directam actionem rerum amotarum in patrẽ sub illa exceptione *Nisi quatenus pater ex ea re locupletior sit*, hoc ipso videatur concedere directam in casu exceptionis, hoc est, cùm ex rebus amotis pater locupletior factus est. Nihil enim vetat denegari actionem directam rerum amotarum in patrem omni casu, Vtilem tamen aduersus eum concedi ex æquitate & necessitate vt quod ex rebus amotis ad eum illicitè peruenit, ei extorqueatur. Neque verò directam duntaxat actionem Paulus in patrem denegat iis verbis *sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari nõ oportere*, sed omnem penitus, id est etiam vtilem extra casum exceptionis. Nihil ergo aliud inferre ex eo possis, Nisi quod in casu exceptionis actionem aliquam, & quidem rerum amotarum contra patrem dari oporteat. Datur porrò aliqua cùm vtilis conceditur, licèt directa denegetur. Quæ si contra patrem non competit viua filia, ne quidem de eo quod ad ipsum peruenit, multò minus potest cõpetere post mortem filiæ cuius scilicet defunctæ non magis heres aut successor pater est quàm viuentis. Si enim vel heres, vel heredis loco esset, vtique directa actione teneretur non minùs quàm heres furis directa condictione furtiua *l. contra 6. §. item heres mulieris eod. tit. rer. amot.* An verò futurum ideò esset vt in solidum teneri deberet ac suprà quàm ad ipsum peruenisset, quomodo euenit in causa condictionis furtiuæ, alia inspectio est, de qua tractandum erit in sequentibus. Non idem tractatus erit si quęratur, An ob res à muliere amotas filiofamilias cui dos data sit competat socero actio rerum amotarum aduersus mulierem. Certum enim est competere, & quidem directam, id est illam ipsam quæ filiofamilias cui res amotæ sunt, competeret, si per filium patri quæsita non esset, ita vt ne momento quidem temporis in persona filij substitisse dici possit *l. placet 79. D. de acquir. hered. l. 1. D. si à parent. quis manum. sit l. filiusfamilias 9. D. de oblig. & act.* Et hoc est quod ait Paulus *in d. l. contra* ex Attilicini & Fulcinij sententia, Contra nurum quoque hoc iudicium socero dari. Non enim de vtili iudicio id accipiendum est, de quo solo actum fuerat in *l. prox. præced.* quæ nõ Pauli sed Papiniani est, & ad casum longè diuersum pertinens, sed de directo, de quo potissimùm locutus fuerat Paulus *in l. 3.* sumpta ex eodem Pauli libro septimo ad Sabinum. Idque subiecta etiam Pauli ratio demonstrat, quòd quoties filiofamilias non ipsi patri dos data est, socer ob res diuortij causa amotas furti agere nõ possit, quomodo agere posset, si non filiofamilias sed ipsi patri dos data fuisset. Nec enim quod patris & filij persona iure ciuili eadem propemodum esse existimatur ob vinculum patriæ potestatis, facere potest vt idcirco vxor filij etiam vxor patris existimetur, quæ nec reuera talis est, nec fieri vnquam potest: Quia tamen non tam filij quàm patris periculum in eo agitur, qui solus de dote restituenda tenetur,

Digitized by Google

tenetur *l. si cùm dotem 22. §. transgrediamur D. solut. matrim.* Soli patri actio quæritur licèt nomine filij, & eadem illa quam haberet filius si sui iuris esset, vt & *in l. patri 27. D. de minor.* Quæ porrò actio cùm furti esse non possit, quia competit ex persona filij, qui si ipse sui iuris esset furti agere non posset contra eam quæ vxor fuisset *l. nihil 15. §. 1. eod.* necesse est vt sit Rerum amotarum & quidem directa non vtilis. Atque ita explicandus est *versic. quoties d. l. contra,* vt non distinctam sententiam faciat, & distinctum §. quemadmodum vulgo accipitur, sed vt rationem contineat præcedētis sententiæ quam ex Attilicino & Fulcinio Paulus proposuerat, & à quibus eam rationē allatam fuisse ex eo intelligimus, quod tota illa periodus *Quoties filiofamilias dos data est, socerum ob res diuortij causa amotas furti agere non posse,* si terminetur per verbum hoc infinitiui modi, nullum ex se perfectum sensum habitura sit, ideóque regi necessariò debeat à verbo *aiunt* quod in fine præcedentis clausulæ positum ad hanc quoque referri commodissimè potest. Quā ob causam valde probarem vt sic potiùs legeremus *quoties enim filiofamilias dos data est,* aut interposita particula *nam* ante dictionem *quoties,* vt *in l. 2. D. quemadm. seruit. amitt.* cùm aliter benè cōstrui textus nō possit. Etsi non ignoro aliis plerisque iuris nostri locis euenire, vt prudentes sententiæ suæ rationem exprimant, non expressa tamen figura rationis, Cuius rei accommodatissimum exemplum est, & huic nostro simillimum *in leg. in fideicommissaria 18. D. ad SC. Trebell.* vbi posteaquàm scripsit Vlpianus, In fideicommissaria hereditatis restitutione non venire fructus nisi ex mora [nam quod additur *facta est* superuacuū certè est] aut cùm quis specialiter fuerit rogatus & fructus restituere: quamuis fructus in quartam imputentur, subiungit rationem eleganti syllogismo conclusam *in vers. quoties,* qui similiter vulgo malè accipitur pro distincto §. *Quoties quis rogatur,* inquit, *hereditatem restituere id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, Fructus autem non hereditati sed rebus ipsis accepto feruntur.* Quid enim huic syllogismo deest nisi conclusio illa ex initio legis repetēda, *Ergo in fideicommissaria hereditatis restitutione fructus non veniunt.* Sed non quemadmodum locus hic quem nunc tractamus, ita & ille emēdandus est. Habet enim perfectam ex se sententiam non addita dictione *enim* quia conceptus est per verbum indicatiui modi *id videtur rogatus reddere* à quo tota clausula regi & cōstructionem recipere potest quod in hoc loco diuersum est. Hoc verò nec ab Accursio, nec ab interpretibus aliis benè intellectum fecit vt Pauli sententiam *in d. l. contra 6. & dict. vers. quoties,* non rectè perceperint. Negant enim ob res diuortij causa amotas quæ filiofamilias in dotem datæ fuerant, dandam esse socero contra nurum actionem rerum amotarum, siue directam siue vtilem, neque alio prætereà vllo casu, nisi cùm res quas mulier amouit ad socerum ipsum spectant iure dominij, nec filius fuit emancipatus. Quasi verò non spectent ad socerum res dotales tum quoque cùm filiofamilias dos data fuit: & quidem iure dominij bonitarij quod ipsi filio si sui iuris esset, vt & alij marito cuilibet, acquireretur *l. quamuis 75. D. de iur. dot.* & quod per mediā filij personam patri volenti sibi acquiri, omnino & immediatè acquiritur *d. l. placet 79. de acquir. hered. d. l. 1 si quis à parent. manum. sit.* Sed & si nihil iuris haberet pater in bonis dotalibus filio traditis, Non tamen esset bona consecutio vt eo minus actio rerum amotarum adeóque directa competere patri deberet, Ex persona scilicet filij, per quam actiones non minùs quàm rerum dominia cæteráque omnia quæ in iure non in facto consistunt patri acquirūtur *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. & apud Iustin. tit. per quas person. nob. oblig. acquir. lib. 3.* Et tit. Per quas

perf. cuique acquir. l. §.2. Perperam igitur Accurf. Bart. & cęteri Paulum sic intelligunt *in d. cl. verf. quoties*, vt socero denegent rerum amotarum actionem ob res diuortij causa amotas, cùm filiofamilias dos data fuit, ob id solùm quòd eo casu deneget illi Paulus actionem furti. Nam quod furti agere non potest, tātò magis inducit actionem rerum amotarum, quam vtique furti actio excluderet si competere posset. Vnus tantùm casus explicandus superest ne quid huic tractationi desit, & qui tamen non alienus est ab iis quæ tractauimus ex Paulo nostro *in d. l.3. §. vlt.* Si filiafamilias quæ mariti res amouit cōuenta sit directo iudicio rerum amotarum & post litem contestatam decesserit superstite patre, An in patrem transferendum sit iudicium rerum amotarū quod in filiam ipsam dum viueret exercebatur. Ad hunc enim casum respexisse videtur, & respondisse Paulus cùm posteaquàm scripsit, Si pater adiuncta filia de dote agat non aliter ei dandam actionem quàm si filiam rerum amotarum iudicio in solidum defendat & cum satisdatione, subiicit *sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait*, Verùm probabilius est denegari à Paulo actionem rerum amotarum contra patrem mortua filia, eo casu quo vel nōdum fuerit acceptum iudicium cum ipsa filia, vel peculium nullum filia viuens habuerit. Nam si filia & iudicium accepit de rebus amotis & peculium aliquod habuit, Certum est ita ius esse, vt ea post litis contestationem defuncta transferendum sit iudicium in patrem, non quidem in solidum, sed duntaxat de peculio & de eo quod in rem patris versum est *l. tam ex contractibus* 57. *D. de iudic.* vbi hoc ipsum disertè scriptum est, non tantùm si ex contractu aliquo filiusfamilias conuentus sit, sed etiam si ex delicto cōuersa scilicet causa delicti in causam iudicij & quasi contractus *l.3. §. idem scribit D. de pecul.* Sicuti neque distinguendum illud est an dotē aliquam filiafamilias habuerit, an nullam, quia vt suprà diximus non ob id quòd dos nulla sit, actio rerum amotarum minùs competit *l. si cùm dos* 8. *D. rer. amot.* At quia iudicium rerum amotarum acceptum cum filia non potest transferri in patrē nisi de peculio & de in rem verso, Consequens est vt si filiæ peculium nullum fuerit, nulla quoque in patrem iudicij translatio fieri possit, etiamsi ex rebus amotis aliquid ad eum peruenerit, ideóq; necesse sit hoc casu ad vtilem actionem rerum amotarum recurrere, quam Papinianus viua quoque filia in patrem dabat de eo quod ad ipsum peruenisset, Multóque magis post mortem filiæ quoties alia actio deficeret, siue de peculio, siue de in rem verso, vt suprà explicauimus. Prudenter itaque & cautè Paulus noster tractans de actione danda omnimodo contra patrem post mortem filiæ de omni eo quod ad patrem peruenerit, nullum exprimit actionis nomen, Vt intelligeremus non tantùm pro casuum diuersitate aliam atq; aliam actionem eo nomine competere, sed etiam pro variis prudentum sententiis, quæ in eodem etiam casu non modò variæ sed etiam pugnantes fuerunt, Cùm tamen omnes in eo consenserint, vt quod ex furto filiæ ad patrem improbè peruenisset, omnimodo eripi ei & extorqueri oporteret.

*

ANTO-

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXIX.

ERROR I.

De condictione furtiua contra eam quæ vxor est vel fuit. Ad l.3. §.1. D. rer. amot.

VALDE nouum est & inauditum quod ex Paulo scriptum legimus *in leg. 3. §. 1. D. rer. amot.* Possibile esse vt maritus furti agat cum ea, quam vxorem habet, Scilicet si ei cui heredes sumus furtum illa fecerit, Vel nobis antequàm nuberet. Etsi enim post multas veterum interpretum dissensiones tandem obtinuit vxorem perinde furtum facere marito, vt filium vel filiam patri, Displicuit tamen eam furti obligari, & non tantùm recepto ac commentitio, vt nostri loquuntur, sed etiam constituto iure inductum fuit vt cum ea furti agi nullomodo possit: Ob eámque causam necesse fuit induci à prætore singulari quodam iure actionem rerum amotarũ qua experiri maritus posset, at nõ cõtra eam quæ vxor adhuc esset, sed aduersus illã quæ vxor anteà fuisset. Adeò æquũ, & conueniens visum est in honorẽ matrimonij turpẽ actionem aduersus vxorẽ denegari, vt idem Paulus & Caius ratiocinantur *in l.1. & 2. eod. ti.* Actionem enim furti non modò turpẽ, famosam & pœnalem esse constat, sed turpium famosarum & pœnalium omnium turpissimam, famosissimam, & pœnalissimam *l. furti 6. & pass. D. de his qui not. infam. l. infamem 7. D. de publ. iud. l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt.* Proinde nihil potest interesse an ei cui heredes sumus furtum mulier fecerit, an nobis, Nec rursum si nobis, an priusquàm nobis nuberet an posteà. Nullo. n. istorum casuum possibile est vt legis verbo vtar, furti agere maritũ cum vxore, Præsertim verò constante matrimonio. Esset enim longè tolerabilius hanc actionem marito post diuortium permittere earum rerum nomine q[illegible] vxor constãte matrimonio amouisset quàm tempore matrimonij ob eas res quarum vxor vel alij quàm

Digitized by Google

marito, vel ipsi marito ante contractas nuptias furtum fecisset, Est namque maiore honore digna mulier quæ adhuc vxor est, præsénsque fouet matrimonium, quàm quæ vxor fuit, nec nisi memoriam ostentare potest malè ac infeliciter transacti matrimonij. Quare nec in hoc Paulus conquiescit *in dict. l. 3. §. 1.* vt dicat, Posse maritum his duobus casibus agere furti contra vxorem durante adhuc matrimonio, sed quasi seipsum corrigens adhibet temperamentum, subiiciens in hæc verba *Tamen propter reuerentiam personarum in vtroque casu furtiuam tantùm condictionem competere non etiam furti actionem dicimus.* Temperamentum hoc sanè aliquod esse videtur, quia non sicut furti actio, ita & condictio furtiua vel pœnalis est, vel famosa. Non pœnalis quia non pœnam legitimam, sed rem ipsam persequitur & corpus rei furtiuæ *d. l. si pro fure 7. §. 1. & leg. seq. D. de condict. furt.* Non famosa quoniam generale illud ius est condictionū omnium vt cesset in iis ignominia quamuis ex famosis causis pendeant *l. cessat 36. D. de oblig. & act.* Et tamē si propiùs & subtiliùs intueare, non minùs nouum est & inauditum dari condictionem furtiuam quàm actionem furti aduersus vxorem etiam soluto matrimonio, Quanto magis eo adhuc durāte? Alioqui nulla certè suberat necessitas inducendæ per Prætorem actionis rerum amotarum, nuptiis per diuortium solutis si condictio furtiua dari eo casu potuisset, Quippe quæ actori longè fauorabilior est quàm actio rerum amotarum, habétque pleniores præstationes, Vel in hoc saltem quod semper datur in solidum nec minùs contra heredem & successorem furis quàm cōtra furem ipsum *d. l. si pro fure §. 1. l. in condictione 9. D. de condict. furt.* Cùm tamen actio rerum amotarum plerumque detur de eo tantùm quod peruenit, vt puta contra patrem qui ex rebus per filiamfamilias amotis locupletior factus est *d. l. 3. § vl. & l. 5. D. rer. amot.* adeóque contra heredem ipsum *l. vlt. C. eod.* de cuius interpretatione ac ratione noua in sequentibus dicemus. Cur verò etiam condictio furtiua denegatur aduersus non eam solùm quæ nunc vxor sit, sed illam etiam quæ antea fuerit, & esse desierit? Si verū est quod diximus & omnes fatentur ingenuè si Cuiacium hæsitantem ac fluctuantem excipias, neque pœnalem esse, neq; famosam? Nempe quia licèt neque pœnalis, neque famosa sit, turpis tamē est: hoc ipsum autem non ideo tantùm quod turpem & famosam causam habeat [idem enim dici posset de actione rerum amotarum, quæ similiter pendet ex furto *leg. si mulier 21. §. vlt. rer. amot.*] sed etiā quia furti nomē & exprobrationē præfefert, cùm nō condictio simpliciter dicatur, sed adiecto perpetuo illo, turpique epitheto *furtiua.* Nec abs re, cùm habeat pleraque singularia quæ non habent condictiones cæteræ, solóque furum odio comparata, quale inter cætera illud est, ne singula nūc recenseamus, quòd & soli domino competit, & contra solum furem furisve heredem *l. 1. l. ex furtiua 5. D. de condict. furt.* Itaque quisquis agit condictione furtiua, hoc ipso adfirmat contendítque aduersarium furem esse vel heredem furis, quod fieri certè non potest, quin turpitudo ei qui conuenitur obiiciatur, tantóque maior cùm is contra quem proponitur, furis heres nō est. Illud enim vnum relinquitur vt fur ipse adfirmetur. Et ideo bene Caius *in d. leg. 2. rer. amot.* cùm rationem reddit actionis rerum amotarum inductæ adeò singulari iure cōtra vxorem quæ furtū reuera fecit, denegata furti actione vt leniùs illa coerceretur, Non sic eam cōcipit vt dicat famosam aut pœnalem actionem viro aduersus vxorem denegari debuisse, sed turpis tantùm actionis meminit, vt cùm actione furti excluderet etiam furtiuam condictionem, quæ quāquam nec pœnalis nec famosa, turpis tamen est, haud secus acsi maritus cōtra vxorem agens, furem

furem illam esse apertioribus verbis adseueraret. Quid, quod in cæteris personis facilius est vt ipsa quoq; furti actio detur etiam contra non furē, quàm condictio furtiua? Exemplū illustre est ac propemodum singulare in eo cuius ope consilio furtū alicui factum esse dicatur, Is enim quoniā reuera fur non est condictione furtiua nullomodo tenetur, quod ego sic intelligo, Nec si rē furtiuam possideat, siquidem ad causam condictionis furtiuæ nihil refert an is qui côuenitur possideat necne *§.vlt.Inst.de oblig.quæ ex delict.* Et tamen perinde tenetur actione furti, sic constituto per legem duodecim tabularum iure, acsi furtū fecisset *l.proinde 6.eod.tit.* Quis igitur ferat, vt vxor in iis ipsis casibus in quibus actione furti conueniri non potest, propter reuerentiā personarū, vt lex ait, condictione tamen furtiua conueniatur? Neque verò interpretes nostri negare aut dissimulare possunt, esse hoc alienū à principiis iuris, postquàm placuit iure cōstituto neq; furti, neq; alia vlla turpi actione côueniri posse illam quæ vxor vel est, vel fuit. Sed dicunt esse singulares & speciales casus illos, qui ponuntur *in d. §.1.l.3.rer.amot.* A qua sentētia nec abhorret vir doctissimus Iacob. Cuiac. ad Papinianum *in l. vina quoque 5.eod. tit.* nullam tamen adferens specialitatis & tam singularis iuris rationem, quam nec alius vllus ex interpretibus adfert, nec Papinianus ipse vt puto si viueret adferre posset. Fateamur ergo quod res est, non Pauli nostri sed Triboniani merā esse duplicémq; inscitiam illam, Et quod ait possibile esse vt contra vxorē furti agatur constante matrimonio, Et quod concludit tanquam melius, & mollius quiddam, Cōdictionem furtiuam contra vxorem dari debere. Quid verò esse potest, quod Tribonianū in iure tam aperto fefellerit? Vnū illud, vt puto, quod initio *d.§.1.* scriptum vidit, & verè, si seruus vxoris meæ furtum mihi fecerit posse me cum ea furti agere, & quidem constāte quoq; matrimonio. Sic.n. sententiam illam accipiendā esse constat, Quamuis in alia specie quæ initio legis posita est, de muliere quæ post diuortium contrectauit res mariti, quas constante matrimonio amouerat, nō eadem interpretatio capi possit. Nam ex cōtrectatione quæ post diuortiū facta sit, potest quidē nasci actio furti, sed non durante matrimonio, Nisi poneres redintegratū matrimonium, Quo tamen casu non solùm furti agi non posset, sed neq; rerum amotarū si non iterum diuortium secutū esset *l.redintegrato 23.& l.vlt.D.eod.rer. amot.* Credidit autē Tribonianus aut finxit primum se credere casum illum quo seruus vxoris furtū marito fecerit, similē esse duobus sequentib. Si vxor ei furtū fecerit cuius heres maritus est, aut si marito ipsi priusquàm nuberet vt nō magis duobus his posteriorib. casibus quàm priore absurdū sit furti actione vxorē côueniri etiam quæ adhuc sit vxor. In quo tamē euidentissimè per imperitiā iuris lapsus est. Nā priore illo casu nihil impedit quominus vxor ex furto serui sui & côueniatur & condēnetur actione furti etiā cōstante matrimonio, Ratione illa quod neq; famosa aut pœnalis, neq; turpis sit actio quæ ex furto serui cōtra dominū noxalis cōpetit, Per quā scilicet non ipsius domini sed serui factum dolúsq; designatur, Et quæ licèt per se & sui natura pœnalis sit, euitatur tamen facillimè per noxæ deditionē etiā quæ post condēnationē offeratur, quia facultas illa dedēdi noxæ condēnato quoq; datur ex legibus *l.miles 6.§.1. D.de re iudic.* Deniq; nec famosa, nec turpis est actio furti nisi cùm aduersus eū instituitur qui suo nomine côuenitur nō si aduersus eū qui alieno *d.l.furti 6.§.si quis alieno D. his qui not.infam.l.seruus 14.eo tit.* vbi elegāter Paulus scribit, Si dominus seruum cuius nomine iudiciū noxale acceperat, postea liberū & heredem instituerit, deinde seruus ipse liber iam factus ex eodē iudicio damnatus sit, non

Digitized by Google

fieri eum infamem quamuis idē ille sit qui & furtum fecit, & ex causa eius furti damnatus est, quia, inquit Paulus, non suo nomine condemnatur, Quippe cùm initio lis in eum contestata nō sit, sed in dominum, quoniam nec cū seruo fieri litis contestatio potuit. At posterioribus illis duobus casibus quos de suo ingenio tanquam similes addidit Tribonianus *in d.l.3.§.1.* id est si maritus heres extiterit ei cui mulier furtum fecit siue ante, siue post contractas nuptias, Aut si marito ipsi furtum fecerit mulier antequàm nuberet, Non potest mulier conueniri & condemnari actione furti, quin hoc ipso fiat infamis, quia vtroque casu conuenitur, & condemnatur suo nomine cùm ideò condemnetur, quòd illa ipsa sit quę furtum fecit. Quanam igitur ratione possibile est, si Triboniani verbo contra Tribonianū vti liceat, vt furti actio ex his causis dāda sit contra mulierem etiam post diuortium? Quantò minùs autem constāte adhuc matrimonio? Et hoc Tribonianus quoq; tandem & ipse vidit: cùm ad sententiam adeò ineptam corrigendam addidit temperamentum illud de furti actione propter reuerentiam personarum his casibus contra vxorem deneganda, sic tamen vt furtiua condictione aduersus eam agere permittatur. Quod tamen æquè ineptum, nec minùs falsum esse suprà probauimus.

ERROR SECVNDVS.

De condictione furtiua quam dant interpretes contra vxorem cuius seruus furtum marito fecit, aut ex contrectatione quam ipsa fecerit ante matrimonium, Et ad l.si quis vxori 52.in princ.D.de furt.

SVAVES verò mehercule sunt interpretes, qui Triboniani errore nō contenti dant marito condictionem furtiuam aduersus vxorem, non modò duobus illis casibus, sed etiam tertio, quem lex primo loco ponit, Cùm seruus vxoris furtum marito fecit. Etsi enim verū est, Quoties seruus furtum commiserit, condictionem furtiuam aduersus dominum cōpetere, quæ contra seruum ipsum exerceri non potest *l.si seruus 4.D.de condict. furt.* Habet tamen ea condictio naturam propriam, & longè dissimilem ab illa quæ est cuiuslibet alterius condictionis furtiuæ non nisi aduersus furem ipsum, furísve heredem competentis. Hoc siquidem casu sic datur condictio furtiua contra dominum, vt tamen non possit condemnari præcisè ad dandum nisi id quod ad ipsum peruenit, In residuum autem noxæ seruum dedere possit, dedēdóq; liberari *d.l.4.* Estq; huius actionis ius valde singulare quod ex parte noxalis actio est, ex parte verò non noxalis, vt explicauimus in præcedentibus. Ideóque non solùm famosa vel pœnalis non est, sed neq; turpis, cùm aduersus dominum non ex domini, sed ex serui delicto exerceatur. Qua ex causa nec furti actio quæ tamen turpior est turpis esset. Nā quo casu actio furti proposita famosa non esset, eo casu neque condictio furtiua turpis esse potest, sicut è contrario quibus casibus condictio furtiua turpis est, iisdem actio quoq; furti non modò turpis, sed etiam famosa vt sit necesse est, Et verò quænam turpitudo in eum cadere potest qui non ex suo sed ex serui sui facto, nec nisi ex necessitate iuris conueniatur? At duobus illis posterioribus casibus in quibus iam ostendimus furti actionem dari contra mulierem non posse, neque constante, neq; soluto matrimonio, si condictio furtiua contra eam daretur, non posset nō esse turpis actio quæ & in solidum, & ob proprium ipsius delictum exerceretur. Separandi ergo sunt posteriores illi casus à priore, non minùs cùm de condictione furtiua quę-

ritur,

ritur, quàm cùm de actione furti. Nec illud quoq; ferre possum quod ab interpretibus apud Accursium controuerti video, An mulier eo casu quo res diuortij causa amotas post diuortium quoq; contrectauerit, condictione furtiua teneatur. Nam si verũ est quod Paulus ait, teneri eã actione furti quę non tantùm turpis, sed etiam famosa & pœnalis est, Quidni etiam cõdictione furtiua teneri debeat, quæ licèt turpis sit, attamẽ nec famosa est, nec pœnalis, Aut si quis negaret dandã hoc casu condictionẽ furtiuã soluto quoq; matrimonio, ꝙ turpis actio sit ex ratione posita *in d.l.2. eod. tit.* quo tandẽ colore posset defendere nihilominùs actionẽ furti dandam esse? Nimirũ quod diximus in honorem matrimonij denegandã esse turpem actionẽ aduersus eam quæ vxor fuit, tunc demũ obtinet cùm agitur ex causa eius furti quod cõstante matrimonio factũ sit. Quamuis.n. non minùs verè furtum illud sit, quàm si extra tempus matrimonij factũ esset, leniùs tamen coercendũ est quia societatẽ illam vitę quę per matrimoniũ contrahitur, quodãmodo pro causa habet *l. 1. & penult. eod. l. si rerum 52. D. de re iudic.* At cùm furtum factum est antè matrimonium contractũ vel post diuortium, non potest facere honor & memoria transacti matrimonij vt eo minùs conueniri mulier possit actione furti, quamuis futurum sit vt ex ea condemnatione infamis fiat, quia prætextus societatis vitæ neque causam neq; colorem huic furto dare potuit. In cóque melioris condicionis est mulier, quę adhuc vxor est, quàm illa quæ fuit & esse desiit. Quæ enim vxor adhuc est etiamsi furtum fecerit ante nuptias & eo tempore quo vxor nondum erat, non magis tamen conueniri potest aut furti actione aut condictione furtiua, quàm si contracto iam & adhuc constante matrimonio furtum fecisset. Ita scilicet ferente honore matrimonij qui sanè violaretur si turpis tantummodò nedum famosa actio per maritũ aduersus vxorem institueretur eo tempore, quo vniuersalis illa vitæ societas, coniuges arctiùs in honore coniungit, quàm in dominio bonorum *§. patitur autem. Inst. de iniur.* Proinde cùm de actione furti & condictione furtiua coniugi aduersus coniugem danda, vel deneganda disputamus, non est adhibenda distinctio, Quonam tempore furtum factum sit: quæ tamen adhibẽda necessariò est cùm de alterutra huiusmodi actionum quæritur soluto iam matrimonio. Nam ob furtum factum siue ante contractum, siue post dissolutũ matrimonium etiam furti agi potest, vt diximus ex *d. l. 3. in princip.* multò magis igitur condictione furtiua, quæ paullò lenior est. Ob id verò furtum quod constante matrimonio factum sit nec furti agi potest nec furtiua condictione vllo casu sed tantùm actione Rerum amotarum, Neque tamen hoc perpetuò, sed ita demùm si diuortij causa & consilio res amotæ proponantur, vt postea dicemus. Adeò autem verum est quod volumus, condictionem furtiuã, quia semper turpis est, nisi cùm ex serui furto competit, aduersus eam quæ adhuc vxor sit dandam non esse, tametsi furtum extra nuptias & societatem illam vitæ admissum esse dicatur, vt si post res diuortij causa amotas redintegratũ sit matrimonium, non aliter tamen salua maneat rerum amotarum actio quàm si nouum diuortium fiat *dict. leg. redintegrato.* iunct. *leg. vltim. eodem,* quod vtique non esset necesse si ad dandam actionem furti vel condictionem furtiuam in vxorem, sufficeret quòd furtum alio quàm matrimonij tempore factum probaretur. Præsertim cùm actio rerum amotarum, quæ non magis turpis quàm famosa est, faciliùs concedenda fuerit quàm cæteræ, Maximè autem eo casu quo negari non possit quin iam aliquando competierit, vt *in dict. l. redintegrato. & d. l. vlt.* Hoc enim addendum est, ne quis fortè nos putet adeò incautos, vt omni

Digitized by Google

casu quo & actio furti & condictio furtiua inter coniuges potest competere, actionem quoque rerum amotarum dari posse arbitremur, quam è contrario scimus nunquam posse cum actione furti vel cum furtiua condictione concurrere, Idque est quod sibi vult Paulus noster *in d.l.3 in princip.* cùm ex iis quæ dixerat *in l.1.* sic infert *et ideò si post diuortium easdem res contrectat, etiam furti tenebitur.* Nempe vt perinde excludat actionem rerum amotarum eo casu quo nouum furtum factum sit post diuortium, atque exclusesat prius actionem furti eo casu quo factum fuerit constante matrimonio. Nec dictio illa implicatiua *etiam* sic accipienda est vt actionem rerum amotarum includat, quasi scriptum sit non modò actionem furti, sed etiam actionem rerum amotarũ eo casu competere, quod falsissimum est, sed per exaggerationem, & vt nostri loquuntur augmentatiuè, hoc sensu, Vt ob nouam cõtrectationem post diuortium factam non iam actione rerum amotarum quæ mitior & lenior est, sed ipsa etiam furti actione, quantũuis famosa & pœnalis illa sit, mulier teneatur. Quo magis mirãdi sunt interpretes illi quos Accursius refert & refellit, qui quod de furtiua cõdictione scripsit Tribonianus *in d.l.3.§.1.* ausi sunt interpretari de actione rerũ amotarum. Etsi.n. benè viderunt non posse defendi quod scriptum est *in d.§.1.* Condictionẽ furtiuam duobus illis casibus dandam esse aduersus vxorem constante licèt matrimonio, in eóque rectiùs senserunt quàm qui Pauli nomine & authoritate decepti rationem iuris tã manifestè hac parte violari patiuntur, Errant tamen & ipsi nõ minùs grauiter, qui adeò impropriè ac ineptè Paulũ locutũ esse sibi persuadent, vt cõdictionem furtiuam dicere potuerit pro actione rerũ amotarũ, q̃ nec cõdictio est, vt infra videbim⁹, nec furti mẽtionẽ aut exprobrationẽ vllã cõtinet. Præter id quod vt Accurs. cõtra eos ratiocinatur actio rerũ amotarũ neq; cõstãte matrimonio competit *l.2.C.eod.* neq; aliis rebus quàm quæ causa diuortij amotæ sint diuortiò postmodũ secuto *l.rerũ quidem 25.D.eo.* Adeò vt etiã si mulier cùm de viri vita desperasset subreptis quibusdã rebus diuerterit, posteà verò vir cõualuerit nõ directa rerũ amotarũ actio competat sed vtilis tãtùm dãda sit *l.si mulier 21. in princ.eod.* q̃ hoc casu non tã diuortij quàm mortis causa res amotę esse videãtur. Nec ꝓ Accursij aut potiùs Triboniani errore tuendo quicquã facit, quod adfert idẽ Accurs. *ex l.cùm quis 38.§.1.D.de solut.* vbi Africanus & cõdictionẽ & actionẽ furti dat marito post diuortiũ de eo quod à muliere subreptũ fuerat cõstante matrimonio, Nã quod ad condictionẽ attinet de qua illo loco Africanus, nõ furtiua cõdictio illa est, sed ea quæ cõpetit ei ex cõiugibus qui durãte matrimonio donationẽ cõtulit in coniugẽ illicitè & cõtra quàm ꝓhibitũ sit moribus populi Romani, quoties id quod donatũ est extare desiit, & cõsumptũ fuit *l.1.2.3. & tot.ti. De donat.int.vir. & vxor.* & de qua *in l.si sponsus 5.alias l.si mulier in fi.cũ l.seq.l.vxor 58. & pass.ill.tit.* Quod verò additur de actione furti in proposito dãda necessariò referẽdũ est ad priorẽ illius §. speciẽ q̃ Africano proposita fuerat, & de qua cõsultus eo loco respõdet, nõ ad posteriorẽ, quã sibi fingit ille vt argumẽto inde sumpto cõfirmet id, quod circa priorẽ speciẽ responderat, De quo nemo dubitaret nisi Odofredũ interpretẽ & alios omnes decepissent ea verba *post diuortium* quæ haud dubiè delenda sunt, & malo interpreti adscribenda, Vt pluribus ex professo docui *lib.3. Coniect.cap.19.* Cæterùm neque actionem furti, neque condictionem furtiuam dari posse aduersus vxorem, ne quidem soluto matrimonio, præter ea tam multa quæ iam attulimus apparet eleganter ex Vlpiano *in leg. si quis vxori 52. in princip. D.de furt.* vbi ait ille, Si quis vxori res mariti subtrahenti opem consiliúmve accommodauerit, furti eum teneri, quemadmodum etsi furtum cum ea fecerit,

fecerit, quamuis ipsa furti non teneatur. Deinde adiicit, Ipsam quoque si opem furi tulerit, furti non teneri, sed rerum amotarum. Postremò addit, nõ esse ambigendum quin serui sui nomine furti teneatur, Nempe quia, vt suprà diximus, neque pœnalis, neque famosa, neque turpis actio illa est quæ ex furto aut alio delicto serui contra dominum instituitur. Illud verò præcipua obseruatione dignum videtur apud Vlpianum, quod ait, Mulierem quæ opem furi tulit mariti res subtrahenti, iudicio rerum amotarum teneri, Nouum.n.hoc videtur, cùm is qui furi opem tulit aut consilium dedit non ideò fur sit aut furtum fecisse dici possit, quamuis per legem 12.tab. nihilominus furti obligetur *§. interdum quoq; Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Propter quam causam placuit nec furtiua cõdictione hunc teneri cuius ope consilio furtum factum est licèt furti teneatur, Nimirum quia numquam condictione furtiua tenetur alius quàm qui furtum ipse fecit, aut heres eius *l. proinde 6. cum l. praced. D. de cõdict. furt.* Cur ergo vult Vlpianus, teneri tamen hanc mulierem actione rerum amotarũ? An vt duriùs coerceatur quàm cæteri qui ex simili causa condictione non tenerentur? Imò quia rerum amotarum actio quo lenior & mitior est quàm cõdictio furtiua, eo faciliùs cõcedenda est, Vt vel ex hoc maximè appareat actionem rerum condictionem non esse, vt vulgò creditur, Tantum abest vt condictioni furtiuę in omnibus similis sit, quomodo Iacobus Cuiacius existimauit. Sed de eo plura & ex proposito in sequentibus. Hoc prætermittere non possum, sicut ex iis quæ hoc capite disputauimus inscitia Triboniani manifestè detegitur, ita & manum ipsius non obscurè agnosci in illis verbis *sed & cum vxore furti agere possibile est,* itémque in iis sequentibus *propter reuerentiam personarum.* Simili enim propemodum locutione vsum eum video ad Pauli sententiam corrumpendam *in leg. Caius 45. solut. matr.* in postremis illis verbis *& maximè propter adfectionem personarum ad hoc decurrendum est,* vt scripsi in posterioribus libris Coniecturarũ. Sed multò ineptiùs *in d. l. 3. §. 1. rer. amot.* vbi propter reuerentiam istam personarum dat condictionem furtiuam inter coniuges, quasi salua reuerentia fieri possit vt tam turpis actio nec nisi contra furem aut furis heredem competere solita, inter eos exerceatur.

ERROR TERTIVS.

De sententia & emendatione l. si concubina 17. in princip. D. rer. amot.

CVM inter vxorem & concubinam dignitate magis quàm adfectione intersit *l. item legato 49. §. parui autem refert de leg. 3. l. cum tabulis 16. §. 1. D. de his quæ vt indign.* Mirũ non est aliud iuris esse in actione rerum amotarum si agatur de vxore quæ furtum marito fecerit, Aliud verò si agatur de concubina: Quandoquidem actio rerum amotarum nõ ob adfectionem coniugalem comparata fuit, quæ adfectio nulla certè est post diuortium, & eo tempore quo ij qui antea fuerunt coniuges inimici existimãtur *l. cum in fundo 78. §. quòd si mulier in final.* illis verbis *quàm relinquere apud inimicum. D. de iur. dot. l. Cicero 39. D. de pœn.* Sed ob honorem & dignitatem maritalem & in memoriam transacti matrimonij *l. 2. D. rer. amot.* Itaque quamuis dici soleat parui referre an vxori tuæ, an concubinæ legaueris quæ eius causa parata sunt *d. §. parui.* quoniã legata non nisi adfectionis causa relinquuntur,

l.nec adiecit 9.D.pro socio. Multum tamen interest an vera vxor tua an cõcubina res tuas subtraxerit. Nã si vxor fuit, licèt verè furtũ tibi fecerit, furti tamẽ agere cũ ea nõ potes, sed tantùmmodò actione rerũ amotarum, cùm præcedẽtis vitæ societas nõ patiatur, vt ob furtũ in matrimonio factũ possit illa furti conueniri, sed suadeat potiùs vt leniùs illa & leuiùs puniatur *d.l.1.& 2.l.pen.rer.amot.* Adeò vt neq; vllo casu permittendũ sit vt cõtra eam detur cõdictio furtiua, quemadmodũ superiore capite aduersus Tribonianũ disputauimus. Sed si cõcubina tua res tuas amouerit & subtraxerit, hoc iure vtimur, & extra omnẽ penitus cõtrouersiam est vt furti teneatur, *l.si concubina 17.in princ.eod.* Vbi addit generaliter Vlpianus, Cõsequenter dicendũ esse, Vbicũq; cessat matrimoniũ, vt puta in ea, quæ tutori suo nupsit, vel cõtra mãdata cõuenit, vel sicubi alibi cessat matrimoniũ, cessare quoq; rerum amotarũ actionẽ, Mox adfert rationem *quia*, inquit, *cõpetit diuortij causa.* Quæ tamen ratio quomodo explicanda sit vt vera esse possit, difficile videtur dicere, Ego certè non intelligo. Quamquam.n.video Accursiũ, cæteròsq; interpretes vulgò sic explicare quasi Vlpianus ita ratiocinetur, vt actio rerũ amotarum non cõpetat nisi causa diuortij: Nullũ autẽ diuortium esse possit vbi nullum est matrimonium, Et consequenter neque actio rerum amotarum competere queat iis casibus quibus matrimonium nullũ est, Nemo tamẽ rationẽ adfert quæ probare possit verum esse quod ex Vlpiani verbis interpretes omnes præsupponunt, actionem rerũ amotarum competere diuortij causa: Quod ego contrà puto esse falsissimum. Scio rerũ amotarum iudicium non aliter locũ habere, quàm si diuortij consilio res amotæ fuerint, & secutum diuortium sit, vt loquitur Marcianus *in l.rerum quidem 25.eod.tit.* Idq; esse quod aliis locis scriptum est *diuortij causa*, vt *in l.si rem 20.& l.seq.§.1.* id est animo & cõsilio diuertendi, Ad excludendũ casum illũ quo mortis causa res amotæ fuerint, quo casu si posteà mortuus sit maritus antequàm diuortium vllũ sequeretur, nõ actione rerũ amotarum, sed vel hereditatis petitione vel actione ad exhibendũ agere debet heres mariti, vt cõsequatur id quod amotũ est *l.si propter 22.§.1.eod.* Dixi *antequàm diuortium vllũ sequeretur*, quia si mulier cùm de viri vita desperasset subreptis quibusdã rebus diuertisset, deinde vir cõualuisset, vtilis rerũ amotarũ actio ei cõtra mulierẽ danda esset *l.si mulier 21.in princ.* Cessante nimirũ directa ob id quod nõ diuortij cõsilio sed mortis speratæ causa res amotæ proponebãtur. Cęterùm cũ actio vtilis soleat eiusdẽ esse potestatis cuius & directa, eundémq; habeat effectũ *l.actio 47.D.de negot.gest.* Cõsequẽs est vt si ad effectũ rei respiciamus, non tã necesse sit res diuortij causa amotas esse, quàm diuortiũ esse secutũ. Nullo.n.secuto diuortio, inauditũ est vt actio rerũ amotarũ siue directa, siue vtilis vnquã detur, cùm tamen danda sit vtilis etiãsi mortis nõ diuortij causa res amotæ sint si modò diuortiũ posteà sequatur, Enimuerò tũ quoq; cùm diuortij causa res amotas fuisse cõstat, nemo tamẽ bene dixerit, Rerũ amotarũ actionẽ cõpetere diuortij causa. Sunt.n.ista longè differentia, Cõpetere actionẽ rerũ amotarum ob res amotas diuortij causa, Et cõpetere diuortij causa, Prius verũ, at posterius falsum est, cùm diuortij causa non ad rerũ amotarum actionẽ referẽda sit, sed ad rerũ amotionem ipsam quæ actionis materia est, non forma. Nec rursus diuortij, sed furti puniendi gratia rerum amotarũ actio comparata est, vt cessante furti actione furtũ tamen mulieris hoc vno quamuis leniore remedio coerceretur *d.l.pen.rer.amot.* Ergo apud Vlpianũ *in d.l.si concubina* tollẽda omnino sunt verba illa *diuortij causa* ne falsa sit ea ratio *quia cõpetit diuortij causa*, Sed non ideò tamen delẽda: at potiùs reponenda *in §.seq.* cuius

initium

initium tale sit *Diuortij causa res amotas dicimus*,&c. Nã cùm actio rerum amotarum detur non ob res amotas quaslibet, sed ob eas tantùm quæ causa diuortij amotæ sint, Explicandũ sanè fuit quænam res diuortij causa amotæ dici possent, An eæ tantùm quæ diuortij consilio amotæ essent, vt Marcianus loquitur *in d. l. rerum quidem* 25. *eod.* An verò etiã aliæ, puta quas nupta mulier necdum de diuortio cogitans amouisset si cùm discederet eas celasset. Quod Vlpianus magis probat, Et rectè quia licèt amotæ sint priusquàm diuertendi consiliũ susciperetur, ac proinde nõ diuortij causa, secuto tamen posteà diuortio iisdémq; rebus celatis, cœpit mutari causa amotionis, & in diuortij causam transire consilium quod ab initio aliã causam habuerat quasi ex noua contrectatione & amotione. Itaq; hoc casu directa rerũ amotarum actio competet non vtilis, tanquã rebus amotis diuortij causa, licèt diuertendi consilium ab initio nullum interuenerit, Nec rarò similia errata in libris nostris occurrunt, vt verba quæ in fine præcedentis alicuius §. leguntur, ad initium §. sequentis referenda sint, Aut contrà, Vt quæ initium §. sequentis constituunt, ad finem præcedentis reuocari debeant, vt *in l. filius familias* 114. *§. vt quis heredem*, In cuius fine verba illa *secundum vulgarem formam iuris* malè in vulgatis & antiquis codicibus initium præbẽt §. sequentis. Verùm statim occurrit quod quis obiiciat nobis, Si ea verba *diuortij causa* tollantur ab initio legis vt ad §. 1. referãtur mancã & mutilam nulliúsque sensus futuram esse rationem illã quam adferre Vlpianus voluit, vt ostenderet cessante matrimonio, cessare quoq; actionem rerũ amotarum. Illa enim tãtùm supererunt *quia competit*, quæ si ad actionem rerum amotarum reuocentur de qua sola proximè locutus fuerat Vlpianus, falsam & ineptam efficient totã Vlpiani sententiam, his verbis expressam *cessare rerum amotarum actionem, quia competit.* Quomodo enim cessat si competit? Aut quænam ratio hæc est vt ideò cesset quia competit? Grauius igitur mendum hîc subesse fatendum est, propter sublatam dictionem *furti* quæ omnimodo restituenda est, & quæ restituta suam Vlpiano elegantiam restituit vt optima, & accommodatissima ratione vsum eum esse intelligamus. Non enim alia vel melior, vel accommodatior ratio reddi potest propter quam inter personas quæ matrimonium iustum contrahere non possunt, cesset actio rerum amotarum, quàm quia inter easdem personas furti actio competit. Idque est quod in ipso legis initio Vlpianus postquàm scripsit, si concubina res amouerit, hoc iure nos vti vt furti teneatur, subiicit, *& consequenter dicemus, vbicunque cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem*, Vt intelligamus bonam esse consecutionem, Vt quoties actio furti competit cessare debeat rerum amotarum actio. Quippe quæ non nisi singulari iure introducta sit & contra iuris communes regulas ac quodammodo in subsidium deficientis actionis furti & condictionis furtiuæ. Verisimile autem est sublatam ab imperito aliquo interprete dictionẽ illam *furti* quam nos restituimus, quasi esset illa non modò superuacua, sed etiam absurdè addita, cùm iam per eiusdem aut alterius librarij imperitiam accidisset, vt ea verba *diuortij causa* quę nos *in §. seq.* relegamus, suo loco mota essent, & ad hoc legis initium malè applicata, Nisi fortè probabilius quis putet tollenda esse verba illa *quia competit* tanquam irreptitia & ab eo interprete addita, qui cùm sequentia *diuortij causa* iam transposita videret & in hunc §. deducta, nullã satis cõmodam recipere interpretationẽ, putauit locum mancum esse supplendúmq; additis in speciẽ rationis duobus illis *quia cõpetit*, vt iuncta cũ sequentibus rationem plenam facerent propter quam rerũ amotarum actio in illis casib. cessare deberet.

Digitized by Google

ditatem. Postremò adfert Accursius, quod scriptum est *in l. si uxor vers. planè D. ad leg. Iul. de adult.* Siue iusta, siue iniusta uxor fuerit posse virum instituere accusationem ex lege Iulia, propterea quòd illa lex ad omnia matrimonia pertineat tam iniusta, quàm iusta, id est ad ea quoque matrimonia, quæ verè nõ sunt matrimonia. Ego tamen etsi non improbo, quod ait Accurs. non magis valere donationes factas in prohibitis nuptiis quàm si in licitis & iustis factę essent, ne melior sit condicio eorum qui deliquerunt, vt Vlp. ratiocinatur *in l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* Non possum tamen probare quod sub eiusdem Vlpiani nomine scriptum video *in d. l. cùm hic status §. vltim.* Ea quæ malè & contra leges donata sunt aufferenda esse donatario, & fisco vindicanda. Nam si verum est, vt est, donationes huiusmodi ratas esse non posse, non video certè qua ratione fieri possit vt quod ab iniusto coniuge donatum est iniusto coniugi, auferatur ei tanquam indigno, & fisco vindicetur. Siquidem prius est vt aquisitio consistat in persona indigni, quàm vt ei quicquam aufferri possit: Ne alioqui eueniat vt non tam illi qui indignus dicitur, lucrum eripiatur quod nunquam habuit, quàm ei qui non deliquit, si quod in ipsius bonis mansit ab eo aufferatur, vt fisco applicetur. Atqui certum est ex donationibus factis inter coniuges siue veros, siue prohibitos nullum transferri dominium, Obstante videlicet iuris constituti potestate quæ donationes has valere non patitur siue per traditionem, siue per stipulationem fiant *l. 1. 2. & pass. ill. tit.* Constat autem nunquam ex nuda traditione transferri dominium, sed ex ea tantùm quæ iustam causam habeat, id est iure ciuili cognitã & adprobatam *l. numquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Vnde fit vt in huiusmodi donationibus iure ciuili impeditis, sic reuocetur donum ab eo cáve cui donatum est, vt si quidem res donata extet vindicari possit, si consumpta sit condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est, vt idem Vlpianus scribit *in l. si sponsus 5. aliàs l. si mulier in fi. De donat. int. vir. & vxor.* Cui iungenda est lex sequens, vbi ex Caio redditur ratio, quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet. Quod cùm ita sit, consequens est vt ex ea causa nihil vindicari fisco possit: Nec si millies indignus sit is in quem liberalitas illicitè collata est. Cùm enim id quod donatum est non possit acquiri donatario propter legis prohibitionẽ, quæ donationi resistit, necesse est vt eius dominium remaneat penes donantem *l. siue emancipatis 17. C. de donat. l. si quidem 11. & pass. C. de pr ad. minor. l. vlt. Cod. de reb. alien. non alien.* ac proinde vt si quid fisco vindicetur, totum id eripiatur donanti non donatario: Quod tamen nõ modò ridiculum fuerit, sed etiam iniuriosum. Nemo enim ideò fit indignus quòd malè donet, ac contra leges, sed ex eo tãtùm quòd malè & contra leges accipiat, Neque rursus ex eo solo quòd malè & contra leges accipiat, nisi etiã illud cõcurrat vt accipiendo sibi acquirat, Indignũ namq; hoc in tractatu eũ intelligimus non qui dignus nõ sit cui liberalitas acquiratur, sed qui dignus nõ sit, vt liberalitatẽ acquisitam retineat. Et ideò quoties quærimus An aliquid tanquã indigno aufferendũ sit nõ de illo disputamus, An possit ille sibi acquirere, sed de hoc dũtaxat, An possit sibi retinere, vt cõstat ex *d. l. 2. §. 1. l. rescriptũ 6. l. in fraude 10. §. 1. l. heres 11. l. vlt. & pass. D. de his quæ vt indign.* Ergo quod ex cõiugib. qui aduersus leges coierũt alter alteri donauit, sicut acquiri non potest donatario, non magis quàm si matrimoniũ iustũ & secundũ leges contractũ esset, Ita neq; aufferri ei potest vt fisco acquiratur: Implicátq; cõtradictionem vt donatio nõ valeat, & tamen id quod donatũ est fisco vindicetur,

perinde acsi quis diceret, Donationẽ non valere, Et nihilominus id quod donatum esset acquisitum donatario fuisse, cùm ius fisci ex persona indigni nullũ esse possit, nisi in bonis ipsi indigno iam acquisitis. *d.l.2.§.1.de his quæ vt indign.* in illis verbis *quod ei ex testamento vxoris acquisitum est* & *l.hereditas 4.C.eod.* illo loco *merito eius portio non iure ad alium translata, fisco vindicata est. l.cùm fratrem 9.& paß.eod.tit.* Quid ergo sibi vult Vlpianus in *d.l.cùm hic status 32.§.vlt.de donat.int.vir.& vxor.* cùm ait, Ea quæ contractis iniustis nuptiis donata sunt quasi ab indignis ablata fisco vindicari oportere? An fortasse id sẽsit Vlpianus vt quæ malè donata sunt aufferenda sint non quidem donatario cui numquam fuerint acquisita, sed donanti in cuius dominio manserunt, vt eo modo factum ipsius puniatur, non tam in eo, quod cõtra leges donationem acceperit [est enim hoc inculpatum & extra pœnam omnem, quia donare leges prohibent non accipere] quàm ob id potiùs quòd contra leges & illicitè nuptias contraxerit? Atqui nulla prohibitarum nuptiarum pœna talis fuit olim, primúsq; Iustinianus *in Nouell.12. De incest.nupt.* vnde sumpta est Auth. *incestas C.eod.* confiscationem bonorum inflixit, nec omnibus illicitas nuptias contrahẽtibus, sed iis tantùm qui incestas, quarũ lõgè grauior & odiosior culpa est. Nulla igitur causa est cur donanti aufferendum sit & fisco vindicandum quod ille perperã & cõtra leges donauerit ei personæ cum qua similiter perperam & contra leges matrimonium contraxerit. Alioquin hoc etiam admisso dicendum esset fisco locum fieri non propter illicitam donationem, sed propter iniustas nuptias: quod tamen ab Vlpiani mente alienũ esset, qui non donantis aut vtriusque coniugis bona omnia fisco vindicanda esse ait, sed ea tantùm quæ donata sunt, Ne possimus dubitare quin de bonis non donatis aliter ipse senserit, Quænam igitur ratio tam improbabilis sentẽtiæ excogitari poterit? Frustra meo iudicio se torqueat quisquis in ea inuestiganda diutius laboret: Cùm nihil facilius sit quàm videre non solùm postrema illa verba, sed integram totius §. sententiam Triboniano nõ Vlpiano adscribi oportere, Siue verborum inelegantiam attẽdas, præsertim illorum *qui matrimonium copulare prohibentur*, itémque sequentium inuolutionem *& quasi ab indignis ea quæ donata sunt ablata*, Siue quæstionis propositæ ineptitudinem nõ paruam, sed responsionis longè maiorem. Quæstionis materiã sumpsit Tribonianus, ex ea quæ proposita fuit in §. præcedente, Si quis sponsam habuerit, deindè vxorem eam duxerit cùm non liceret, an donationes quasi in spõsalibus factæ valeant. Quam quæstionem ait Vlpianus à Iuliano tractatam fuisse in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta. Hanc enim sponsam esse certum est, tametsi vxor non sit. Et cõcludit verius esse quod & Labeoni & Papiniano visum est, Vt si quidem præcesserint sponsalia durent, quãuis iam vxorẽ esse putet qui duxit, Si verò non præcesserint, neq; sponsalia sint quia nõ fuerunt, neq; nuptiæ, quòd nuptiæ esse nõ potuerunt. Ad propositã verò dubitationẽ de validitate donationis respõdet, si spõsalia antecesserint valere donationẽ, Si minùs nullã esse, quia, inquit, non quasi ad extraneã sed quasi ad vxorẽ fecit, & ideò nec oratio locũ habebit. Inde verò quæritur & subiicitur *in §.vlt.eiusd. legis*, quasi non dissimile quidpiam, licèt facti; & personarum circunstantiis diuersum, Si Senator libertinam desponderit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibẽtur, & duxerit, an donatio valeat quasi in sponsalibus facta. Hanc ego quæstionẽ primùm ineptã esse dico, Supponit enim pro certo valere spõsalia inter personas istas, At nuptias nõ valere. Alioqui si nõ magis valẽt sponsalia quàm nuptiæ, quis obsecro esset color dubitandi

dubitandi an valeret donatio tanquã facta in sponsalibus, quam certũ esset non valere si sic acciperetur quasi in nuptiis facta. Atqui certissimũ est sponsalia hoc casu non magis valere quàm nuptias, quia oratio Imperatorũ Antonini & Cõmodi, quæ nuptias quasdã in Senatorũ personis prohibuit, licèt de sponsalibus nihil locuta sit, rectè tamẽ à prudẽtibus omnibus sic accepta est vt spõsalia quoque in his casibus nullius sint momẽti, vt interpretatione suppleatur quod orationi deest, inquit idem Vlp. noster *in l. oratio 16. D. de sponsal.* Nihil ergo simile habet hæc species cũ illa quæ ex Labeone, Iuliano & Papiniano tractata fuerat in §. præcedente, in qua non erat eadem ratio sponsaliorum & nuptiarum, Sponsalia enim contrahi possunt cum puella minore 12. annis, dummodò septẽnium excesserit, Nuptiæ non possunt. Multùm proinde referebat in ea specie an donatio facta esset quasi in sponsalibus, an quasi in nuptiis, Cùm tamen nihil penitus intersit quoties sponsalia non magis valere possunt quàm nuptiæ. Quod verò ad propositam dubitationem respondetur iis verbis *& putem etiam sponsalia improbanda* adhuc ineptius est. Non enim de illo erat dubitatio. An sponsalia valerent necne, vt de hoc respõderi quicquam debuerit, Sed supponebat pro vero, quod Tribonianus cogitur fateri falsissimum, Sponsalia valere, Vt proinde fatendum etiam illud sit quod modò dicebamus, ineptam fuisse dubitationẽ. Sed & omnino absurdè sic concepta responsio est *& putem etiam sponsalia improbanda* quasi non de eo ius certum esset, ac de quo inter prudentes omnes iã ante Vlpianum constitisset, Aut quasi nõ essent ea sponsalia iam tum improbata: Nã si erant improbata, quid attinebat dicere Esse improbanda? Debuerat ergo Tribonianus sic potiùs scribere, *Et putem quia etiam sponsalia sint improbata, quasi ab indignis ea quæ donata sunt, ablata fisco vindicari.* Sed neq; bonum sensum habuisset ea ratio. Ex eo namque quod inter Senatorem & libertinam, itémque inter tutorem & pupillam improbata sunt sponsalia non minùs quàm nuptiæ. Inferendum potiùs erat non valere donationem, quæ non quasi in extraneam, sed quasi in sponsam collata esset, si bona est ratio posita in §. præcedente. Aut si quis putet ob id quod sponsalia improbata sint, tantò magis valere donationem siue tanquam collatam in personam extraneam, quo casu ab initio quoque omnimodo & irreuocabiliter valeret, siue hactenus saltem, vt ex oratione Diui Marci & ex Senatusconsulto quod ad eam factum est, morte ac silentio donãtis confirmetur, Tantò minùs vera & accõmodata esse poterit ratio illa, ad probandum quod sequitur & concluditur ea quæ donata sunt tãquã ab indignis ablata fisco vindicari oportere. Ad quid enim prodesset dicere donationẽ aut ab initio valere, aut confirmari morte, si non ad alium finem valeret aut confirmaretur, quàm vt hoc ipso id quod donatũ esset eriperetur donatario, & fisco vindicaretur? Ergo siue dicamus valere donationem hanc, siue non valere, fieri nullo casu potest vt vindicetur fisco, neq; eius sententiæ ratio vlla reddi potest. Differentia tantùm in eo est an donatio valeat necne, quòd cùm donatio non valet, cõpetit donanti vindicatio directa rerum donatarũ si extent, aut si consumptę sint, directa quoque earundem condictio *leg. si sponsus 5. aliàs l. si mulier in fin.* iunct. *leg. seq. eod. tit. D. de donat. int. vir. & vxor.* At cùm donatio valet ipso iure, nec tamen æquitas patitur valere illã cũ effectu vt in proposita specie perinde quidem vindicatio & cõdictio donanti concedenda est, sed vtilis non directa *l. si ex voluntate 7. C. eo. tit.* vbi extat rescriptũ in hanc rẽ perelegans Alexandri Seueri, quo rescripto hæc tota quęstio nõ solùm deciditur sed etiã aptissimè explicatur.

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

Ad l. si ex voluntate 7. C. de donat. int. vir. & vxor.

VERBA legis hæc sunt, *Si ex voluntate patris tui, filio tutoris nupta es, collata in maritũ donatio ipso iure irrita est. Sed si matrimonium iure non valuit, licèt donatio ipso iure tenuerit, quia tamẽ indigna persona eius fuit, qui nec maritus dici potest, vtiles actiones super reuocandis his tibi competunt.* Prioris partis responsi nulla in textu ratio adfertur. Sed tamen colligitur nõ obscurè ex eo quod sequitur in secunda parte. Cùm enim ex voluntate patris filia nubit filio eius qui tutor fuit, valent sine dubio nuptiæ *leg. si patris 6. C. de interd. matrim. int. pupill. & tutor. eius l. non est matrimonium 66. D. de rit. nupt.* Et consequenter non valet donatio, quippe quæ moribus populi romani districtè prohibita est inter veros coniuges, nisi quantum ad hoc vt donantis morte confirmari possit. At cùm patris voluntas non interuenit, matrimonium interdictum est, Proinde ipso iure tenet donatio, quæ scilicet non nisi inter coniuges prohibita est, Coniuges autem non sunt qui aduersus leges vel mandata Principũ cõuenerunt *§. si aduersus. Inst. de nupt.* Sed quoniam absurdum est meliorem esse illius condicionem, qui deliquit, quàm futura esset si nòn deliquisset *d. l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. l. non solùm 13. D. de noxal. act. l. Seruius 4. D. quod vi aut clam,* Indignus sanè est hic tutoris filius qui nec maritus dici potest, vt donationem sibi possit acquirere, quam non posset si verè maritus esset. Et ideò æquum est teneri eum vel vindicatione si res donatæ extent, vel condictione si cõsumptæ sint, & ita tamen consumptæ vt donatarius ex iis locupletior factus sit. Sed erunt hæ actiones vtiles non directæ, quia licèt non contra iuris rationem deficiente tamen iure dantur ex sola æquitate: Dantur autem nõ fisco, vt Tribonianus scripsit *in d. l. cùm hic status. §. vlt.* Sed vt lex ait, mulieri quæ donauit, quamuis fateatur Imperator, quod summopere notandum est, personam illius cui tãquam marito donatum fuerat indignam fuisse. Indignam enim debemus intelligere non ad retinendum, sed ad acquirendum: quæ res non facit locum fisco, vt suprà diximus. Iis enim solis aufert fiscus tãquam indignis, qui indigni sunt, vt permittatur iis retinere quòd il[illegible]citè sibi quęsiuerunt. Sed iis qui indigni sunt vt acquirere ipsis permittatur, nihil aufert fiscus, quoniam nec habent quicquã isti quod iis aufferri possit. Pugnat igitur ex diametro rescriptum illud Imperatoris Alexandri, quẽ refert Lampridius Vlpiani potissimùm consilio vsum fuisse, cum ea Triboniani sententia quæ sub Vlpiani nomine proposita est *in d. l. cũ hic status §. vlt.* Nec habet Accursius quod pro conciliatione adferat, Nisi vt dicat, in ea specie ad quam rescripsit Imperator putauisse donantem, quòd valeret donatio. Apud Vlpianum verò sciuisse quòd non valeret. Quasi duriùs agi debeat cum donatore qui sciuit donare se illicitè, quàm cum eo qui irrogauit. Quod tamen si ad factum respicias, planè commentitium & diuinatorium est, Sin ad ius, ineptum prorsus & impertinens. Quemadmodum enim falsa opinio donatoris existimantis donationem valere quæ iure non valeat, rationem iuris non immutat, nec eo magis facit vt valeat donatio, Ita neque scientia donatoris cum iure consentiẽs, validam facere donationem, quam & ipse scit, & leges volunt esse inualidam. Quid enim hic peccat, qui scit quod leges sciunt, nec aliud vult quàm quod leges volunt? Aut quis vnquam ad ius illud constitutum & cer-

tissimum

tissimum De donationibus inter virum & vxorem improbandis, exceptionē illam addidit, Nisi donationem non valere donator sciat? An non verò præsumēdus est quilibet id scire quod sit iuris & certissimi & notissimi, atq; ex ipsis populi Romani morib. inducti? Cùm nec Principū cōstitutiones ignorare quēquā aut dissimulare permittatur? *l. pen. C. de iur. & fact. ignor.* Dices, Nullā ei iniuriam fieri qui rem suam contra leges donatam voluit, sciens non valituram donationem, parúmque referre an fiscus, an verò donatarius eam rem habeat quam donator omnimodo à se abdicatam & in alium translatam voluerit. Imò, inquam, noluit abdicare à se, & in alium transferre id quod donauit, cùm sciuerit donationem non valere, Ex donatione autem inualida trāsferri dominiū non posse, Potiúsque dicendum esset voluisse illum facere actum illusorium, & inanē, qui licèt tantò magis contra leges factus videri debeat, quòd factus sit à sciente, tantò minùs tamen ex legibus accipere vires potest, vt non solùm aduersus leges, sed etiam contra voluntatem facientis, effectum sortiatur. Sed &, si bona esset obiectio, sequeretur non donatario sed donatori auferenda esse per fiscum bona quæ donata essent contra leges, cùm donatario nunquā fuerint acquisita, nec possit ei auferri, quod ipse nūquam habuit. Atqui nec Tribonianus ipse hoc diceret, qui vult ea vindicari fisco ablata à donatario tanquam ab indigno. Indignus enim est donatarius, Non quia donationem contra leges vel bonos mores acceperit, Sed quia matrimoniū iniit cōtra leges, ita vt nec coniugis nomē mereatur *d. l. si ex voluntate.* Qui verò donauit, licèt in eadem culpa sit, quod cōtra leges nuptias contraxerit, nec magis dignus sit coniugis nomine, indignus tamen dici non potest, neque ad acquirendum, neque ad retinendum, quia nec de acquirendo certat nec de retinēdo. Proinde nihil est quod ei auferre fiscus possit tanquam indigno, quia nec indignus est, Aut si dicas indignum eum esse ob nuptias illicitè contractas, vt nec bona sua retinere possit, cōsequens fiet vt nulla quoque per eum facta donatione, omnia tamē ei auferre fiscus debeat & vindicare, cùm secuta donatio neq; augeat nuptiarum crimen, neq; minuat. At neque verum generaliter esse potest quod nimis generalibus illis verbis Tribonianus complexus est, *vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibentur.* Nam qui officium in prouincia aliqua administrat licèt inde oriundam vel ibi domicilium habentem ducere non possit, sponsam tamen accipere non prohibetur *l. si quis officium 38. D. de rit. nupt.* Itaque non potest in eius persona verum esse quod sequitur apud Tribonianum *etiam sponsalia esse improbanda.* Nec enim bona semper consecutio est vt qui matrimonium contrahere prohibetur, etiam sponsalia contrahere prohibeatur. Agnoscendus igitur est hac quoque parte insignis Triboniani lapsus, qui non æquè Vlpiano contigisset.

ERROR SEXTVS.

Ad §. si quis sponsam pen. l. cùm hic status 32. & ad l. quod vir 65. De donat. int. vir. & vxor. & ad l. 2. §. 1. De his quæ vt indign.

CVM verò ex his quæ hucusque diximus manifestissimum sit Triboniani esse quicquid sub Vlpiani nomine scriptum est *in d. §. vlt.* ab iis verbis *sed si Senator*, quæ omnino connexa sunt præcedentibus, Facilè mihi persuadeo eiusdem Triboniani esse quicquid est in §. præcedēte,

à primis illis verbis, si quis sponsam, vsque ad finem. Cùm ob alia multa quæ in hanc rem tractari possent, nisi iam longior esset hic tractatus, & quæ cōmodiùs referri poterunt in Rationalia, Tùm ob id maximè quòd non puto defendi posse distinctionem eo loco positam, vt si sponsalia præcesserint nuptias puellę nōdum viripotentis, & in quam tamen sponsus donationem contulerit, valeat donatio, Si verò nulla præcesserint, nullius quoque momenti donatio sit. Repugnat enim Labeo *in l. quod vir 65. eo. tit.* Vbi disertè scribit, Quod vir ea quæ nōdum viripotens nupsit, donauerit, ratum esse oportere, Nisi cum Accursio velis comminisci de eo casu Labeonem sensisse, quo sponsalia præcesserint, Quod tamen nullomodo colligi potest ex verbis Labeonis, quamuis eius authoritatem obtendat Tribonianus, itémque Papiniani *in d. §. penult. vt & in leg. quæsitum 9. D. de sponsal.* ad confutandam Iuliani sententiam qui contrà putabat puellam quæ in domum quasi mariti immatura deducta sit, hoc ipso sponsam esse licèt non sit vxor, Ratio autem qua mouetur Tribonianus vt nullam faciat donationem quæ collata sit in puellam immaturam nuptam cùm sponsalia nulla præcesserunt, nec aptè concepta est nec satis vera. Ait enim *quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad vxorem fecit.* Nam neque latinè dicimus Donationem facere ad aliquem, Neque ob id quòd nec sponsa sit ea, quam donator etiam vxorem esse credidit, minùs valere debet donatio, quam ille contulit quasi in vxorem, cùm verè vxor non fuerit. Imò tantò magis quod quæ nec sponsa nec vxor est, propiùs accedit ad extraneam. Extraneæ autem donari posse si aliud nihil impediat, certum est. Aut cur præcedentibus sponsalibus donationem valere volumus quæ nec quasi in sponsam collata fuit, sed quasi in vxorem? Sicut enim quæ iam sponsa est, dici penitus extranea non potest, Ita neque vxor, quæ non solùm vxor nondum est, sed nec adhuc esse potest. Proinde non eo magis valere potest donatio, quæ in eam collata fuit non quasi in sponsam, sed quasi in vxorem, licèt fuerit verè sponsa, si hoc vnum inspiciēdum est quod quasi in vxorem collata donatio fuerit. Denique mala ideò ratio est, quia cùm Titius donat Mæuię nondum viripotenti quam tamen vxorem suam esse putat, non tam ad nomen vxoris respicit quàm ad personam ipsius puellæ, quæ non eò minùs illa ipsa puella est cui benè vult facere, quòd neq; extranea penitus sit neque verè vxor. Magis ergo prodesse debet advalidandam donationem, quod illa vxor nondum sit, quàm nocere quòd nec sit penitus extranea. Quod verò sequitur *& ideò nec oratio locum habebit* valde indiget explicatione. Nam quemadmodū cùm ab initio valet donatio, non est tractandum de oratione Diui Seueri, vt donatoris morte confirmetur, quia eæ solummodo confirmantur ex oratione donationes quæ moribus & iure ciuili impediuntur *dict. leg. cum hic status. §. siue autem*, Ita & omnes illæ, quæ ne valeant impediuntur ob matrimonium, valent ex oratione *d. §. siue autem.* Sed quæ ex alia quàm matrimonij causa impediuntur, id est quæ inter alias etiam personas quàm inter coniuges factæ non valerent, eæ ad orationem Seueri non pertinent, Vt puta si inter virum & vxorem societas vel emptio contracta sit donationis causa: quia cùm nulla societas nulláque emptio sit quæ donationis causa interponitur, nec inter cæteros, Propter hoc nec inter virum & vxorem valere potest, etiam subducta causa matrimonij vt Vlp. ratiocinatur *in d. l. cùm hic status §. si inter virum & vxorem & seq.* Vbi addit, Si tamen res minoris venierit donationis causa, vel posteà preciū sit remissum, admittēdam esse donationem ad Senatusconsultū, id est hactenus nō vt valeat ipso iure inter virum & vxorem, sed vt ex Seueri oratione & Senatusconsulto quod ad eā

factum

Digitized by Google

factum est confirmetur. Ex quo intelligimus separandam esse donationem quæ iure ciuili impeditur, ab ea quæ nulla sit. Quæ impeditur aliqua est licet inualida propter iuris prohibitionem, At quæ nulla est cùm nihil sit, confirmari nullomodo potest. Et ad hoc Tribonianus respexisse videbitur, cùm ita scripsit *si minus, nulla est, & ideò nec oratio locum habebit.* Non dixit, Nullis præcedentibus sponsalibus non valere donationem. Inepta enim fuisset consecutio illa *& ideò nec oratio locum habebit.* Sed scripsit donationem nullam esse, id est nõ modò inualidam, sed etiam pro non facta habendam: Vt inferat, Non modò simpliciter non valere, sed nec quod ad orationem & Senatusconsultum, Id est ne quidem donatoris morte ac silentio confirmari eam posse. In quo ipso tamen vereor ne rursum Tribonianus errauerit. Etenim constat matrimoniũ quod cũ puella nõdũ viripotente contractũ est licet non sit matrimoniũ, antequàm illa duodecimum annũ impleuerit, tamen legitimum fieri eámq; vxorem legitimam solo temporis lapsu postquàm illa duodecim annos apud virum expleuerit, neq; nouo in eam rem consensu opus esse *l. minorem 4. D. de rit. nupt.* Quidni ergo etiam donatio valere incipiet, hactenus saltem, vt ex oratione cõfirmari possit defuncto quandocunque postea donatore non mutata voluntate, si aliud nihil impediebat effectum orationis quàm quod donatio non quasi in extraneam collata esset, sed quasi in vxorem quæ tùm vxor non erat? Verùm lõgè probabilior Labeonis sententia est *in d. l. quod vir*, vt etiamsi nulla sponsalia præcesserint valeat tamen donatio in puellam nondum viripotentem post immaturas nuptias collata, ita vt nec vlla indigeat confirmatione, tanquam collata vel in sponsam si cũ Iuliano immaturas illas nuptias pro sponsalibus habeas, vel in extraneam si cum Labeone & Papiniano putes nuptias huiusmodi præmaturas ne quidẽ pro spõsalibus haberi debere. Non enim qua adfectione sed cui personæ donatũ sit inspici oportet, Alioqui eo tandẽ absurditatis paullatim decurrendũ erit, vt dicamus valituras esse quascunq; inter virum & vxorem donationes si modò is qui donat, protestetur donatũ se velle coniugi non tanquam coniugi sed tanquam alteri cuilibet personæ. Quod tamen dicere stultũ fuerit, & ad fraudem legibus faciendam accommodatissimum. In summa non potest ratio iuris immutari ex sola donantis opinione, non solùm si per iuris imperitiam putauerit valere donationem quæ reuera non valeat, vt suprà diximus, Sed etiam si eam cui donauit, iustam esse sibi vxorem putauerit cùm non esset. Nec probè potest dicere non fuisse se donaturum, si eam vxorem non esse sciuisset, Nam præter id quod nimis crassa supináque est tam aperti iuris ignoratio, potéstq; meritò ei obiici si cui vnquam alij, quod regula iuris habet, Eum qui cum alio contrahit non debere ignarum esse condicionis eius cum quo contrahit, An nõ ridiculus est, qui dicat, non alij quàm iustæ vxori donaturum se fuisse, cùm si iusta vxor illa fuisset, tantò minùs valere donatio potuisset, Quam è contrario valere nihil prohibet cùm facta est in non vxorem, siue sponsa fuerit, siue penitus extranea illa quæ vxor esse putabatur. Fatendum sanè est fuisse Tribonianum hac parte non modò parum acutum Iureconsultum, sed etiam plus æquo & solito puellis ante legitimam ætatem nuptis iniuriosum. Quibus tamen prudentes quoque fauendum esse etiam puberibus existimarunt, quasi quas deceptas esse credibile sit: tùm quoque cùm de prohibitis nuptiis tractarunt, vt *in leg. vltim. de legat. 1. dict. leg. 2. §. per contrarium. D. de his quæ vt indign.* Quid enim possis imputare puellæ quam nondum viripotentem fortassis pater ipse aut mater viro collocarit? Aut cur tam inhumaniter cum ea agas, vt donationem quæ in eam licèt quasi

in vxorem à marito collata est neque ab initio valere, neque ex silentio confirmari patiaris? Sed hæc sufficiant ad *d. §. si quis sponsam*. Reliquum est vt moneamus quod pertinet *ad §. vlt.* quem totum Triboniani esse docuimus, non aliunde Tribonianum errandi causam & materiam sumpsisse, quàm ex eo quod scriptum vidit *in d. l. 2. §. 1. De his quæ vt indign.* Siue cōtra mandata vxorem quis duxerit ex ea prouincia in qua officium aliquod gerit, Siue tutor pupillam suam contra decretum amplissimi ordinis vxorem duxerit non posse illum retinere quod ei ex testamento vxoris acquisitum est, Sed vtroque casu etsi ex asse institutus hereditatem adierit, fisco locum fieri, & quasi indigno hereditatem auferri. Non enim animaduertit vir bonus, quàm diuersa sit hac parte causa donationis inter viuos, & institutionis hereditariæ aut alterius cuiuslibet vltimę voluntatis. Ex donatione inter viuos nihil potest acquiri iniusto coniugi, eo casu quo nec si iustus esset acquiri tamen ei quicquam posset ne alioqui melior sit condicio eorum qui deliquerunt, vt diximus. At ex testamento & qualibet vltima voluntate adquiri quidlibet potest, quia etiamsi iustum matrimonium esset, nihil tamen acquisitionem impediret. Delictum enim quod in prohibitis nuptiis contrahendis admissum est, non in eo punitur vt per se acquisitionem impediat, sed hactenus tantùm obest quod pertinet ad acquirendum, ne melior sit delinquentis condicio quàm si non deliquisset, non etiam vt deterior esse debeat. Inde fit vt ea quæ iniusto coniugi donata sunt cùm ipsi acquiri non possint remaneant in dominio donatoris, atque ita vindicari ab eo possint si extēt, aut condici si extare desierint & ex iis locupletior donatarius factus sit. At quæ iniusto coniugi testamēto iusto relicta sunt, ea verò perinde acquiri ei possunt acsi cuilibet alij extraneo essent relicta, neque in hoc differentia vlla est inter coniugem iniustum & extraneum, id est in acquirendo. In quo igitur? Nemo enim non videt differentiam aliquam esse oportere inter extraneum heredē institutum qui nihil deliquit, & iniustum coniugem qui contra leges matrimonium illicitum contraxit. Nimirum different in retinēdo, quia quod extraneus licitè quæsierit, licitè quoq; retinebit, Qui verò iniustas nuptias cōtraxit quod ex iniusti coniugis testamento quæsiuit, licèt iusto titulo nullâque prohibente lege quæsiuerit, quia tamen occasione nuptiarum quæsiuisse credendus est, quasi non fuerit vxorem institutura si maritum non putasset, cúmve pro marito nō habuisset, Indignus sanè est qui hereditatem sibi quæsitam retineat, Ideóq; auferenda ei hereditas est tanquam indigno, & fisco vindicanda. Et ita debet accipi quod scriptum est in *d. l. vlt. de legat.* 1. tutorem ex testamento pupillæ quam vxorem duxerit capere nihil posse, Vt non prima ratione id intelligatur, sed cū effectu, quomodo loquitur Vlp. *in l. 2. §. peruenisse D. de hered. vel act. vendit.* id est vt acquisitio non impediatur, sed retētio, Bonis fisco vindicatis *d. l. 2. §. 1. D. de his quæ vt indign.* Iunct. *l. aliud est capere 71. De verb. sign.* Præsertim cùm nulla in eo fiat iniuria, neque testatrici cui potest imputari cur indignum heredem elegerit, & cuius tamen voluntati satisfactum est in eo quod heredem habuit illum quem voluit, Adeò vt nec heres esse desinat posteaquàm fiscus bona vindicauit *l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulg. & pupill. subst.* Neque legitimis successoribus, quos testatrix exclusos voluit per testamentū: Nec denique illi ipsi cui aufertur quia omnino indignus est. Ex quo magis intelligimus, quàm falsa sit ratio illa quæ tantopere à nobis iam exagitata est *in d. §. si quis sponsam in fin. quia non quasi ad extraneum sed quasi ad vxorem fecit.* Eâdem enim ratione dicēdum esset, non magis posse valere institutionem si mulier eum instituerit heredem

tanquam

Digitized by Google

tanquam maritum qui tamen maritus esse non possit, quia contra leges cõtraxit. Siquidem perinde dici posset non fuisse illum institutum quasi extraneum sed quasi maritum. Sed ea res non impedit validitatem dispositionis, aut acquisitionem, Nec si constet testatricem non fuisse instituturam virum si eum virũ non putasset, At potiùs aperit locũ fisco vt ei qui sub falsa illa opinione institutus est, hereditas quasi indigno auferatur *l. si pater tuus* 4.*C. de hered. instit.* Idẽ ergo & in donatione collata quasi in vxorem quæ vxor esse non potuit, dicendũ est, vt quamuis non quasi in extraneum sed quasi in vxorem facta sit, non eo minùs tamen valere debeat non solùm ipso iure sed etiam cum effectu, si modò collata sit in personam non indignam puta in puellam quæ in mariti domũ deducta fuerit ante duodecim annos impletos, Ita vt nullo Senatusconsulti vel orationis auxilio indigeat vt donantis morte confirmetur. Quòd si in personam indignam collata sit, id est in eam quæ aduersus mandata Principũ aut amplissimi ordinis decreta nuptias contraxerit, tunc quoq; valere quidem debeat ipsò iure donatio tanquam inter non coniuges facta, Sed tamen reuocanda sit propter indignitatem donatarij, Reuocanda verò per vtiles actiones donatori ipsi dandas non fisco *d. l. si ex voluntate* 7.*C. de donat. int. vir. & vxor.* Ne alioqui fiat iniuria donatori si quod propter legis prohibitionem alienare non potuit, deuoluatur ad fiscum ex persona indigni cui nunquam fuit quæsitum & tanquam ablatum ab eo qui nunquam habuit. Cæterùm illud etiam obseruatione dignũ est, quod in donationibus inter coniuges iniustos factis, Oratio Diui Seueri locum numquam habet. Nam vel donatio valet ab initio & cum effectu vt quę in puellam minorẽ duodecim annis post immaturas nuptias collata est, nec proinde indiget confirmatione *d. l. quod vir* 65.*D. de donat. int. vir. & vxor.* Vel valet quidem ipso iure, sed ita vt quod donatum est acquiri non possit donatario tanquam indigno, Et tunc frustra de confirmatione quæratur, quoniam quæ indignitatis ratio facit, ne ab initio possit quicquam sibi acquirere donatarius ex eiusmodi donatione quamuis valida ipso iure, eadem ipsa impedit confirmationem, cuius potestate fieret vt acquireretur.

ERROR SEPTIMVS.

De actione rerum amotarum an sit condictio, necne. Ad l. 26. D. rer. amot.

RERVM amotarum actionem condictionem esse disertis verbis scriptum est ex Caio *in l. rerum amotarum* 26. *D. rer. amot.* & tam apertè vt nec de eo quisquam dubitauerit ante nos, nec nos ipsi quoq; cùm de furtiua condictione aduersus heredem furis in solidum danda disputauimus contra Cuiacium *lib.* 4. *Comect. cap* 1. Nam cùm inter cætera argumenta quibus motum se profitetur vt condictionem furtiuam aduersus heredem in solidum dari neget, potissimum illud sit, quod sumpsit ex similitudine actionis rerum amotarum, quòd non minus quàm condictio furtiua, condictio quoque illa sit & rei habeat non pœnæ persecutionem, nec eo magis tamen in solidum contra heredem detur, sed in quantum duntaxat ad heredes peruenit *l. vltim Cod. ill. tit. Rer. amot.* Nos tam facilè admisimus pro vero, quod nunc falsum esse ostendemus, Actionem rerum amotarum esse condictionem, Quàm

quod apud omnes in confesso est, præterquàm apud Cuiacium & Cuiacianos: Nihil eam nisi meram rei persecutionem continere. Accursius verò & eum secutus Bartolus etsi benè sciuit actionem rerum amotarum non posse dici condictionem eo sensu quo furtiuam condictionem appellamus, cùm tamen verbis Caij tam apertis conuictus negare non posset esse condictionem, coactus fuit dicere, Condictionem quidem illam esse, sed eo sensu vt sit actio in personam, quia omnes in personam actiones condictiones appellamus *§. appellamus. Instit. de action. l. 1. Cod. de donat. quæ sub mod.* Quamquam quòd fortè duriusculam esse hanc interpretationem videret, aliam subiicit non multò probabiliorem. Ait enim rerum amotarum actionem dici condictionem, non tam quòd condictio sit, quàm quòd similis condictioni sit eo quod non infamat, sicut nec cæteræ condictiones, licèt ex famosis causis pendeant *l. cessat ignominia 36. D. de obligat. & action.* At Cuiacius verbis Caij mordicus inhærens defendit tam esse condictionem illam verè, quàm illa est quæ furtiua appellatur, indéque factus audentior concludit tandem esse illam vt in nomine generis ita in cæteris omnibus persimilem condictioni furtiuæ: Adeò vt nec dubitet quin quodammodo & quasi pœnalis famosáque sit, quoniam & condictionem furtiuam quodammodo pœnalem & quasi famosam esse contendit, Ego sicut neutram ex Accursij interpretationibus probo, ita neque possum mihi cum Cuiacio persuadere, vel condictionem eam esse, vel à Caio aliôve vnquam Iureconsulto sic dictam fuisse. Ac de Accursij quidem interpretationibus primùm videamus. Prior manifestè erronea in eo est, quod supponit actiones omnes personales, vno eóque generali nomine condictiones appellari, quod verum non est. Ita quidem olim fuit, quoniam in omnibus actionibus personalibus, quibus intẽditur dare aduersarium, vel facere oportere, præcedebant denunciationes quæ prisca lingua condictiones dicebantur: Sed postquàm denunciationes istæ in vsu esse desierunt, quemadmodum non nisi valde impropriè, & abusiuè condictionis nomen ex vetere ritu mansit, Ita & alium sensum habere cœpit quàm olim haberet. Coarctatum enim fuit ad eas solas in personam actiones quibus actor intendit dari sibi oportere, vt expressim Iustinianus docet *in d. §. appellamus.* Cúmque dare nihil aliud sit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* res autem quæ iam actoris est, magis eius fieri non possit *l. non vt ex pluribus 159. De regul. iur.* Illud quoq; per consequentias immutari necesse fuit, vt rem suam condicere nemini liceret, quod olim licebat, quemadmodum idem Iustin. ratiocinatur *in §. sic itaque de action.* Sola excipitur condictio furtiua, quam placuit, speciali quodã iure non solùm domino dari contra furem, vel furis heredẽ, sed etiam quod magis mirum est, soli domino, cui res furto subtracta sit *l. 1. D. de condict. furt. l. vlt. in fi. D. vsufr. quem. caueat.* vel vi abrepta *l. 1. §. vlt. D. de cond. tritic.* Hoc enim addendum est, quoniam qui bona immobilia vi rapuit fur improbior est, licèt rei immobilis furtum fieri non possit *l. item si cùm exceptione 14. §. qui vim intulit D. quod met. caus. l. 2. §. damni vers. cæterùm & §. pen. & vlt. D. vi bonor. raptor.* Ex quibus locis, iunct. *l. quam rem 38. D. de vsucap. §. quod autem. vers. abolita est enim, Inst. eod. tit.* apparet, vt hoc obiter moneamus ne fortassis excidat, corruptũ esse Vlpiani contextum *in d. l. 1. §. vlt. De condict. tritic.* in postremis illis verbis *vel vi mobili abrepta.* Legendum enim est *immobili* non *mobili*, Errore nato ex more librarij Florentini, soliti repetendas literas semel tantùm sed maiusculo charactere notare quod hîc fieri potuit

& de-

& debuit in literis I.M. Ideò autem placuit condictionem furtiuā domino dari, non quòd egeat translatione vlla dominij, cùm per furtum nemo dominus esse desinat, Nec quod desit actio per quā persequi dominus rē suā possit, cùm habeat vindicationē, Nec deniq; quod cōmodior sit ad agēdū cōdictio quàm vindicatio, cùm vtraq; perinde probationē dominij exigat quæ semper & omni casu æquè difficilis est, sed solo furis odio, vt nō modò pluribus, sed etiā cōtrariis actionibus teneretur, vt scriptū est *in d.§. sic itaq;*. Ergo cùm nō aliæ in personā actiones hodie cōdictiones dicātur, quàm quibus dari oportere intenditur, Nō potest illa interpretatio admitti vt actio rerū amotarū ob id solùm dicatur condictio quod sit in personā: cùm per eā nō intēdatur dari quicquā, sed tantùm restitui & reddi oportere *l. si cùm dos* 8. *§. 1. D. rer. amot.* siue rerū amotarū dominus ille sit qui eam actionē exercet, siue nō sit. Nā & pro iis rebus quas pignori datas viro mulier amouerit, ac proinde quę alienæ sint cōstat rerū amotarum actionem cōpetere *l. si cōcubina* 17. *§. vlt. D. rer. amot.* pro quibus tamē nemo diceret condictionē furtiuā dari posse cùm ea soli domino, vt diximus, cōpetat. Quæ vna est eáq; præcipua ex tā multis differētiis quas postea cōgeremus aduersus Cuiaciū, inter actionē rerū amotarū, & cōdictionē furtiuam. Nec quod etiā domino rerū amotarū actio datur, facere pōt vt in eo dici debeat similis cōdictioni furtiuæ. Alioqui erūt perinde similes actiones cæteræ omnes personales, vt puta depositi, commodati, locati, empti & similes, quoties à domino rei exercebuntur: quod tamē nō ita est quia scilicet per eas nō intēdit actor sibi rem dari, sed tantùm restitui oportere, Quā ob causam bene Paulus scribit *in l. si quis infitiatus sit* 13. *§. 1. D. deposit.* Cōpetere quidē condictionē etiā rei depositæ nomine sed non antequàm quid dolo admissum sit. Non. n. quisquā hoc ipso, inquit, quod depositū accepit condictione obligatur, verùm quòd dolū malum admiserit, id est quod rei depositæ furtū fecerit. Furtū. n. fieri incipit statim atq; depositarius incipit rē depositā cōtrectare inuito domino *§. furtū autē fit. Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Vt appareat nō de alia condictione quàm de furtiua sentire Paulū eo loco quod & apertiùs cōstat ex Pōponio *in l. qui furtum 16. de condict. furt.* Igitur neq; actio rerū amotarum licèt in personā sit, ideò tamen condictio dici potest, quia per eam non intēditur dari res amotas, sed restitui tātùm debere. Nec quod res amotæ sint perinde furtiuæ, atq; si à quolibet alio, quàm cōiuge subreptæ essēt, facere potest, vt eo magis condictio dici debeat, exemplo condictionis furtiuæ. Non enim odio furti cōparata est iure ciuili condictio furtiua, sed, vt diximus, odio furis *d. §. sic itaque.* Is porrò ex coniugibus qui alterius res amouet diuortij causa etsi furtum verè facit, fur tamen nec verè est nec esse dicitur: propter societatem illam vitæ quæ per matrimonium inter coniuges contrahitur *l. 1. & pen. D. rer. amot.* alioqui haud dubiè teneretur etiam actione furti qua fures omnes tenentur, adeóque interdum etiam ille qui fur tamen nō est, & qui nec furtiua condictione idcirco tenetur, Puta is qui opem & consilium furi dedit *leg. proinde 6. cum l. præced. D. de condict. furt.* Cùm itaque nec iuris ratio patiatur, nec odium vllū coniugis, qui rerū amotarū actione cōuenitur inducat, vt possit ille condictione obligari, consequenter fatendū est rerū amotarum actionē dici cōdictionē nullomodo posse, Nō magis quàm personales actiones cæteras, quę non ad trāslationem dominij pertinent, sed ad restitutionem, Nec me mouent verba illa *d. l. 1. C. de donat. quæ sub mod. condictio quidem in hoc casu, id est in personā actio tibi iure procedit.* Est enim illa interpretatio haud dubiè mali interpretis vt pluribus docui *in Error. vlt. Decad.* 44. cùm certissimi iuris sit condictionis

Digitized by Google

nomine non de alia actione sensisse Imperatores quàm de ea quæ condictitia actio dicitur *in leg.3.eod.& de qua in tit.De condict.ob caus.dat.caus.non secut.* ac proinde quæ cùm sit repetitio dominij numquam domino dari potest nisi contra furem *d. § sic itaque.* Posterior verò Accursij interpretatio, quæ vult actionem rerum amotarum dictam esse à Caio condictionem, non tam quòd sit condictio, quàm quia sit similis condictionibus cæteris in eo quod non infamat, prorsus improbabilis est. Alioquin nihil prohibebit quominùs etiam vindicationem dicamus esse condictionem, quia nec vindicatio famosa est, neque rursum interdicta *leg.neque vnde vi 13. D. vnde vi,* quæ tamen nemo vnquam dixit condictionis appellatione contineri, licèt actionis contineantur *leg.actionis 37. De oblig.& action.* Sed neque verum est actionem rerum amotarum esse omnino hac etiam parte similem condictioni furtiuæ,quia tametsi neutra sit famosa, Condictio tamen furtiua turpis est,quòd furti mentionem & exprobrationem contineat,vt docuimus in præcedentibus.At rerũ amotarũ actio non solùm famosa non est,sed neq; turpis, Alioqui non magis daretur aduersus eã quæ vxor fuisset,quàm si famosa esset,Honore scilicet matrimonij hoc non permittẽte *l. 2.D.rer.amot.* Atque hæc quidem aduersus Accursij interpretationes sufficiant. Quod verò Cuiacius tã pertinaciter defendit actionẽ rerũ amotarum verè condictionẽ esse,adeóq; per omnia similẽ cõdictioni furtiuæ multò improbabilius est.Nã præter ea quæ iam disputauimus,quis nescit actionem rerum amotarum prætoriam esse,& ex perpetuo Prætoris edicto descendere? *l.2. C.eod.* Quis autem vnquam dixit vel audiit condictionem vllam esse prætoriam ? An non sunt omnes iuris ciuilis,vt & vniuersæ actiones cæteræ,etiam quæ causam & originem habent à iure gentium,nisi quas vel Prætorum vel Ædilium iurisdictio introduxit? *l.2.§.deinde ex his legib. De orig.iur.§.sed istæ quidem.Inst.de action.* Rursum,nemo est, qui non fateatur condictiones omnes stricti iuris esse, ob ídque numquam in iis fieri condemnationẽ ex bono & æquo vt in bonæ fidei actionibus & arbitrariis *§.in bonæ fidei 30.& seq.eod.titul.* sed summo & stricto iure, Nisi quod etiam fructus veniunt in condictionem tanquam accessiones naturales,cùm condictio naturalis est, & habet æquitatem naturalem *leg.indebiti 15. D.de condict.indeb.l.videamus 38.D.de vsur.* At non vsuræ quia sunt ciuiles accessiones non naturales, nec tam natura quàm iure percipiuntur vt Papinianus loquitur *in l.si nauis 62. D.de rei vindic.*quam ob causam nec in condictionibus iuratur vnquam in litem ne quidem in condictione furtiua quãuis iuretur in actione furti,vt ostendimus *lib.16.Coniect.*Atqui actio rerum amotarum arbitraria est, Conuenit enim ei definitio actionis arbitrariæ proposita *in §. præterea Inst. de action.* cùm ex arbitrio iudicis pendeat, quoniam si arbitrio iudicis non satisfaciat persona quæ conuenitur,vt puta si res amotas nõ restituat, condemnatio faciẽda est ex bono & æquo, Ita vt etiam in litem iurari ex hac causa possit & debeat *l.si cùm dos 8.§.1.& l.seq.D.rer.amot.* Actio igitur rerum amotarũ condictio dici non potest.Nec enim qui eam exercet intendit dari sibi rem aliquam oportere,vt in condictionibus omnibus adeóq; in condictione etiã furtiua tametsi ea soli domino cõpetat *d.§.sic itaque. Inst.de action.* sed reddi sibi & restitui *d.l.si cùm dos §.1.* quod arbitrariarũ actionũ propriũ est.Vnde fit vt etiã rerũ illarũ nomine quarũ dominium neq; penes maritũ fuerit cui amotæ sunt, neq; penes mulierẽ hodie sit quæ amouit,actio rerũ amotarũ cõpetat,puta si res illæ fuerant viro pignori datæ *d.l.si concubina 17.§.vlt.eod.* quas tamen non nisi frustra & ineptè posset vir intendere dari sibi oportere, quandoquidem fieri

neuque:

nequeat vt det ac dominium transferat is qui non habet: aut vt per rerum amotarum actionem plus iuris nanciscatur actor cui res amotæ sunt, quàm esset habiturus si amotæ res non fuissent. Est enim actio illa comparata vt damnum repræsentet, quod ex amotione illatum est, etiamsi postea dotis exactio competat, *l. si mulier 21. §. rerum amotarum eod.* non etiam vt lucrum actori adferat, quamuis commodi quoque quod rebus amotis vir amiserit habenda ratio sit, vt ibidem subiicitur, quia totum id in damno, non in lucro est. Obseruandum verò est quod post illam Vlpiani sententiam quæ extat *in d. l. si concubina §. vlt.* & quæ habet, Mulierẽ quæ res viro suo pignori datas amouerit eo iudicio teneri, subiicitur statim ex Paulo *in l. seq.* Sed & domino condictionẽ competere, ita tamen vt non vtriq; sed alterutri tãtùm agere permittendum sit. Quibus verbis an non apertè significatur actionem rerum amotarũ condictionem non esse, cùm ei condictio opponatur? nec vtramq; simul exerceri quamuis à diuersis personis ratio iuris patiatur? Etsi enim de condictione furtiua Paulum loqui constat, quippe qua conueniri etiam illam quæ vxor fuerit absurdũ nõ est, dum ne à marito, sed ab extraneo cõueniatur, hoc ipso tamen quod actio rerũ amotarum non condictioni furtiuæ nominatim, sed cõdictioni simpliciter opponitur, intelligimus non habuisse illam prudentes neq; pro condictione furtiua, neq; pro alia vlla specie condictionis. Quod & manifestiùs docet Vlpianus *in d. l. si concubina 17. §. pen. eod.* vbi posteaquàm dixit, Non solùm eas res quæ extant in rerum amotarum iudicium venire, verùm etiam eas, quæ in rerum natura esse desierunt, Subiungit, *simili modo etiam certi condici eas posse.* Quid enim potuit aut Vlpianus aut Iulianus cuius ille sententiam refert, apertius dicere vt ostenderet actionem rerum amotarum condictionem non esse, nec sub certi condictione quantumuis generali comprehendi? Si qua enim species cõdictionis esset vtique sub certi condictione generali contineretur, sub qua furtiuam quoque condictionem contineri certum est *d. l. 1. §. vlt. D. de condict. tritic. l. certi condictio 9. §. 1. D. de reb. credit.* Atqui duplex actio est quæ marito competit ob res amotas quæ extare desierunt, Rerum scilicet amotarum actio & certi condictio si Iuliano credimus & Vlpiano. Ergo rerum amotarum actio nullius generis condictio est. Quò etiam pertinet quod ex eodem Vlpiano scriptum legimus *in l. ob res amotas 24. eo. tit.* Ob res amotas quæ vel viri propriæ sint, vel etiam dotales tam vindicationem quàm condictionem viro aduersus mulierẽ competere. Sensus enim est non tantùm actionem rerum amotarum mulieri competere ex hac causa de quo dubitare nemo poterat, sed etiam vindicationem & condictionem, Quod ego sic intelligo *ex d. l. si concubina §. pen.* vt earum quidem rerum, quæ extant, vindicatio competat, Earum verò nomine quæ extare desierint, condictio: Non etiam vt earundem rerum nomine quæ amotæ sint, & vindicatio simul & condictio exerceri possit. Nunquam enim id contingit extra causam condictionis furtiuæ quæ proprium ius illud habet, solo non tam furti quàm furis odio, vt suprà diximus *ex d. §. sic itaque. Insti. de action.* Iuris verò est ordinarij vt quæ res quandiu extant vindicari possunt, eædem si extare desierint condici debeant, quia nec vindicari amplius possunt. *l. rogasti 11. §. vlt. & legib. seqq. D. de reb. credit. l. si sponsus 5. aliàs l. si mulier in fin. l. vxor 55. & pass. D. de donat. int. vir. & vxor.* Proinde quod sequitur *in d. l. ob res amotas, & in potestate est qua velit actione vti*, sic accipiendum puto non vt in potestate viri sit cui res amotæ sunt vel propriæ vel dotales an earum nomine malit agere vindicatione an cõdictione, Sed an actione rerum amotarum an vindicatione si res

Digitized by Google

extent, Aut si extare desierint, an actione rerum amotarū, an condictione. Concurrit enim actio rerum amotarum his duobus casibus cum vindicatione si res extent, aut cum condictione si extare desierint, *d.l.si concubina §.penult.* At cum vtrâque numquam, quia nec fieri id posset quin vindicatio & condictio simul in eodem casu concurrerent, quod fieri nunquam potest nisi contra furem. Quòd si res amotæ nec propriæ viri sint, nec dotales, quemadmodum certum est neque vindicationem eo casu competere tametsi res extent, quia non nisi domino competit *l.in rem 23. D.de rei vindic.* neque condictionem etiamsi extare desierint, quoniam condictio nō aliis casibus competit re perempta, quàm quibus competeret vindicatio si res extaret, Ita dubitari non potest quin actio rerum amotarum omnimodo competat, quam competere certū est ob res amotas quaslibet dummodo & diuortij causa sint amotæ, & diuortium posteà secutū sit *l.rerum quidem 25. eod.* quippe quæ nihil commune habet cum causa dominij, vel proprietatis, quia nec per eam intenditur dari quid sed tantùm reddi vel restitui oportere *d.l.si cùm dos §.1.* Nemo autem negauerit æquum esse res omnes quæ viro amotæ sint ei reddi etiam quatū nec proprietatem nec dominiū habebat, puta quas vel pignoris, vel depositi, vel cōmodati alióve simili titulo ab alio tenebat *d.l.si concubina §.vlt.* Separo dominium à proprietate, quomodo & Vlpianus *in d. l.ob res amotas*, in illis verbis *vel propriae viri vel etiam dotales*, quia latiùs patet dominij causa quàm proprietatis, vt cernere est in rebus dotalibus, quæ licèt sint propriæ mulieris, sunt tamen in bonis, & dominio bonitario mariti *l.quamuis 75.D.de iur.dot.l.rē in bonis 51. D.de acquir.rer. domin.* ideóq; dicuntur alienæ quod ad maritum pertinet *in l.si constāte 24. §.si maritus D.solut.matrim.* Dominium.n.duplex est Bonitarium, & quiritiariū, At proprietas bonitaria nulla est, nec maritus vllo iuris loco dicitur esse dotis proprietarius. Et interpretes quoq; nostri qui absurdā illam duplicis dominij directi & vtilis distinctionem induxerunt, vtilē tamen proprietatem nullam agnoscunt. Porrò qui neq; dominium, neq; proprietatem habet, is vindicare non potest res extantes, nec similiter consumptas eas cōdicere, quia dominiū quod numquam habuit numquam amisit. Est igitur actio rerum amotarū generalior vindicatione, & cōdictione, & sicuti cōpetit tum quoq; cùm nec vindicatio nec cōdictio dari potest, Ita fatendū est si quando cōpetat eo casu quo etiam vindicatio, aut condictio dari possit, differre tamen illam à condictione perinde atque à vindicatione, nec magis dici posse condictionem, quàm vindicationem.

ERROR OCTAVVS.

De sententia l.rerum quidem 25.D.rer.amot.

ADDAMVS quod ex Marciano sequitur *in l.rerum quidem 25. eod.* Si in matrimonio vxor marito res subtraxerit cessare quidem rerū amotarum actionem quæ scilicet non aliter habere locum potest quàm si diuortij consilio res amotæ fuerint, & secutum diuortium fuerit, Sed tamen posse maritum ipsas res condicere, quia iure gentium possint condici res ab his qui non ex iusta causa possident. Quibus verbis docet Marcianus, Non solùm id quod volumus Actionem rerum amotarū condictionem non esse, sed etiam ita comparatum esse ius actionis rerum amotarum, vt [illegible] latè pateat quàm certi condictio illa generalis *non ex iusta causa*

da quā

Digitized by Google

de qua Marcianus eo loco, & quæ licèt possit concurrere cum actione rerum amotarum, vt cum alia qualibet *d.l contra nurum 6.§.sed si morte,* tamen etiam in subsidium competit ob res amotas, & eo quoque casu quo singulare illud iudicium quod Prætor ex hac causa introduxit exerceri nullomodo potest, cùm nō eo magis æquum sit res amotas impunè remanere penes eam personam quæ amouit, Quod in proposito casu contingeret si poneres constante matrimonio amotas fuisse res quæ nec propriæ fuerint viri nec dotales, Earum namque rerum nomine cùm nec vindicatio competere viro possit etiamsi extent, nec cōdictio tametsi extare desierint, vt proximè diximus, nec denique actio rerum amotarum, quia non diuortij consilio amotæ sunt, cōsequens esset vt penes mulierē remanere deberēt, nec ab ea vllo actionis genere auocari possent, nisi generalis illa condictio subsidio esset, quæ ex iure gentium ideò profecta dicitur, quòd ex naturali illa æquitate omnino pendeat, quæ non patitur vt quis ex aliena iactura locupletetur *vulg.l.nam hoc natura 14.& l.seq. D.de condict. indeb.l.si & me & Titium 32.in fin.D.de reb.cred.l.perpetuo 6. D.de condict. caus.dat. l.1.§. vlt.De condict. sin. caus.* Hic verò casus est quem videtur tractare Marcianus *in d.l.25.* in quo scilicet, neque vindicatio, neque condictio dominij rerum amotarum possit competere, id est quo mulier eas res amouerit, quæ nec viri propriç fuerint, nec dotales: Alioqui minùs necessarium esset recurrere ad condictionē illam generalem cùm posset sufficere vindicatio aut condictio certi specialis, vt *in l.præced.* Quanquam ea distinctio, An amotæ res propriæ viri fuerint aut dotales, nō est necessaria cùm tractatur de condictione illa generali *non ex iusta causa,* sed tunc tantùm cùm tractatur de speciali condictione aut de certi condictione generali quæ & ipsa specialis est si cum ea de qua nunc agimus conferatur quæ multò generalior est. Nam vt quis rem suam condicat à non fure, impossibile est non minùs in generali condictione certi quàm in speciali *dict. leg. 1.§.vltim.D.de condict.tritic.* Scilicèt cùm res ipsa extat quæ condicitur. Nam cùm extare desiit iam dominus non est, qui condicit, licèt anteà fuerit. Numquam verò ob id solùm quòd dominus aliquis fuerit condictionem ei denegamus, sed illi demum qui dominus adhuc est eo tempore quo condicit. Tam enim necessarium est vt dominus aliquando fuerit actor & dominium amiserit ad hoc vt possit certi condicere, quàm impossibile est condictionem illam ei competere qui dominus adhuc sit. Nam qui nec hodie dominus est, nec anteà immediatè fuit, is condicere certi numquam potest. Nimirum si de dominij, non etiam de solius possessionis condictione quæramus. Est namque etiam possessionis condictio quæ ad hoc solùm competit vt rei possessio reddatur, & quidem etiam ei qui dominium numquam amiserit quod numquam habuit si modò nec eo tempore habeat quo instituit condictionem, Vt puta si quis alienos nummos indebitè soluisse proponatur quemadmodum in specie *d.l. indebiti §.1. D.de condict. indeb.* aut si non dominus vi deiectus de possessione fundi, possessionem condicat, vt *in l.2. D.de condict.tritic.* Et errant sanè, qui putant etiam domino permittendam esse certi condictionem, dum ne dominum ipsum condicat, sed possessionem solam quæ facta sit aliena. Numquam enim domino nisi contra furem datur ea condictio ne quidem possessionis, aut contra raptorem, vt *in dict.leg.2.* Et quamuis condictionum omnium, excepta furtiua, ius illud commune esse videatur, vt neque domino competant, neque contra alium quàm contra dominum, quia nec alius quàm qui dominus sit, dare hoc est dominium transferre potest, Longè tamen facilius est, vt

Digitized by Google

ontra non dominum quàm vt domino dentur, quia domino semper cõsultum sit potest actione aliqua saltem vindicatione, aut ad exhibendum, At cõtra nõ dominum fieri facilè posset vt nulla actio competeret siue ei qui dominus aliquando fuisset, siue ei qui numquam, si condictio non daretur. Nam & qui rem meam indebitè acceptam consumpsit, atque ita vindicandæ eius facultatem mihi præripuit, non magis dominus fit rei meæ consumptæ, quàm sum ego qui antea dominus fui, quoniam, vt alibi scripsimus, Consumptio modus est amittendi dominij non acquirendi. Sicut & illi errant qui possessionis condictionẽ, incerti condictionem vocant, Neque enim fieri potest vt certæ rei possessio incerta sit, nec proinde vt certæ rei possessio incerti condictione petatur, vt in sequentibus ostendemus, cùm de incerti condictione furtiua tractabimus. Porrò Marcianum *in d.l.rerum quidem* 25. *D.rer.amot.* loqui de condictione rei extantis, conijci potest non solùm ex illis verbis *tamen ipsas res maritus condicere potest* si emphasim consideremus, quæ est in dictione illa *ipsas* [Nam & res quæ extare desierunt dicantur condici, & quidem condictione certi, licèt non res ipsæ petantur, sed earum æstimatio quæ per rerum naturam semper certa est *d.l.si concubina §.pen.*] Verùm etiam ex ratione quam subiicit Marcianus, quod iure gentium condici possint res ab his qui non ex iusta causa possident. Nec enim aut ex iusta aut non ex iusta causa possideri potest id quod extare desiit. Fatendum igitur est si Marcianum de certi condictione siue generali, siue speciali intelligas eum casum à Marciano tractari quo amotæ res neque mariti propriæ fuerint, neque dotales, ita vt de sola earum possessione condicenda agere maritus possit. Non enim ideò minùs res ipsa condici dicitur, licèt ad hoc tantùm detur condictio, vt possessio reddatur *d.l.indebiti §.1.iunct.d.l.2.De condict. tritic.* Quemadmodum etiam res quæ extare desierunt condici dicuntur, adeóq; condictione certi licèt earum æstimatio sola veniat in condictionem *d.l.si concubina §.pen.* Cùm tamen magis distet æstimatio rei quàm possessio à re ipsa. Siquidẽ aliud est res, aliud rei æstimatio *l.si alij 42.§.1.D.de vsufr.* At possessio est quodammodo pars rei, & vt Seneca conqueritur, possessionem à proprietate nõ tam natura quàm cæca hominum cupiditas seiunxit, Ita vt possessionẽ pro fundo ipso plerunque in legibus nostris dici videas, vt à nobis alio loco obseruatũ est. Quòd si quis velit Marcianum generaliùs intelligere de rebus amotis quibuslibet, siue mariti propriæ sint aut dotales, siue non sint, ego quidem nõ valde repugnabo [nec enim soleo probare interpretationes istas quæ generalia legis verba restringunt, nisi cùm aliud nihil est quod melius dici possit] sed contendam intelligendum esse de iis rebus quæ extare desierint, & quas ideò certi condici necesse sit quòd vindicari amplius non possint, Vt eadem condictio sit de qua Marcianus *in d.l.25.* & illa de qua Vlpianus *in d.l. ob res amotas, & in d.l.si concubina §.penult.* cuius postrema illa verba *simili modo etiam certi condici eas posse ait,* non puto referenda esse generaliter ad res amotas quaslibet, vt etiam illæ quæ extant comprehendantur, nec si restringas eam condictionem ad causam possessionis, vt diximus, sed ad eas solas de quibus proximè dictum fuerat, id est quæ extare desierunt, In quas distinctio non cadit an mariti propriæ aut dotales fuerint, necne, quia hoc ipso quod extare desierunt, etiam propriæ dotalésve esse desierunt, nec eo minùs tamẽ verum est & amotas esse & reddi debere quamuis extare desierint, quia quod perierunt, non viri periculo esse debet, sed mulieris, quæ amouit & quæ in rebus amotis non minùs quàm fur in re furtiua morã perpetuò facere intelligitur sicut & furtum semper facit *l.pen. D.cod.l.*

D.eod. vbi hanc ob causam scriptum est, Rerum quidem amotarum æstimationem ad tempus quo amotæ sunt referri debere, Sed tamen si pluris factæ non restituātur, crescere æstimationē vt in condictione rei furtiuę. Nisi quod in cōdictione furtiua præstanda est æstimatio quanti plurimi *l.in re furtiua* 8. *§.1. de condict.furt.* non etiam in actione rerum amotarum, quomodo cōtra Bartolum disputauimus *lib.16.Coniect.c.*11. Itaque in rebus amotis quæ extare desierunt si quæramus an earum nomine actio rerum amotarum competat, nihil aliud inspiciendum est nisi quod inspici oporteret si extarent, id est an diuortij consilio amotæ fuerint, & diuortium posteà secutum sit, an non, Nec illud præterea inquirendum est an extent necne. Sed si quæramus an vindicari quoq; possint vel certi cōdici, necessariò omnino est illa distinctio, An mariti propriæ fuerint vel dotales necne, Et rursum si propriæ vel dotales fuerūt subdistinctio adhibenda est, an extētadhuc an verò extare desierint quoniam extātes vindicari possunt, cōsumptæ verò non nisi condici. At si neq; mariti propriæ fuerint, neq; dotales nullus subdistinctioni supradictæ locus relinquitur: quia queadmodū nullo casu vindicationē habere vir potest, id est nec si extēt, quoniā dominus nō est, Ita omni casu habet certi cōdictionē, siue res extēt, siue extare desierint, sed diuerso fine, Nimirū ad hoc vt possessio reddatur si extēt, vt *in d.l.indebiti §.1. & d.l.2.De condict.trit.* aut vt earū æstimatio præstetur si desierint extare: *d.l.si cōcubina §.pen.& vlt.* Et ita intelligi Marcianū debere *in d.l.*25. vel ex eo maximè apparet, quòd si de iis rebus amotis loqueretur, quæ viri propriæ vel dotales fuissent, & quæ tamen extarēt, non minùs debuerat meminisse vindicationis quàm cōdictionis. Quinetiā si de his solis ageret, solius vindicationis mētio facienda erat, cùm extra causam cōdictionis furtiuæ nunquā sit dāda condictio certi domino ne quidē ad solā possessionē auocandā, quāuis è cōtrario detur condictio furtiua etiā non domino dū ne aliud quàm possessionē condicat *d. l.2. De condict.tritic.* Simile est quod Paulus scribit *in l.contra nurum 6.sed si morte eod.tit.* Si morte mariti solutū sit matrimoniū, ex eáq; causa mulier res amouerit, heredē mariti vel hereditatis petitione vel ad exhibendum actione quæ vindicationis præparatoria est, & cōsequenter multò magis directa rei vindicatione si exhibeantur, & fuerint in dominio mariti, cōsequi eas posse, sed præterea etiā cōdici mulieri eas res posse quia ex iniusta causa apud eam essent. Quæ ratio cùm non multum differat ab illa, qua vtitur Marcianus *in d.l.*25. quòd iure gentium condici possint res eis qui non ex iusta causa possident, non obscurè innuit de eadem condictionis specie vtrumque locum intelligendum esse, Præsertim cùm vtroque etiam loco ea species proponatur, in qua rerum amotarum actio exerceri non possit: Eadem ergo vtriusque loci interpretatio facienda est, Et illud etiam ex ea lege notandum quod iam adnotauimus *ex d. l.* 25. actionem rerum amotarum non esse condictionem, cùm vtraque lex dicat posse cōdici eo quoque casu quo tamen non possit agi rerum amotarum. Etsi non ignoro responsuros eos qui actionē rerum amotarum condictionem esse volunt, latiùs patēre appellationem condictionis, quàm actionis rerum amotarū, propterea quòd condictio sit genus, Et actionem quidem omnem rerum amotarum esse condictionem, sed non è conuerso condictionem quamlibet posse dici actionem rerum amotarum: Sed quanquam ex hypothesi bona esset responsio, negare tamen non possunt quin supradictis locis quibus actio rerum amotarū sic denegatur vt tamen condictio detur, apertè probetur actionem istam rerum amotarum condictionem non esse, Obscurum tamen & difficile videtur dicere, Cur

tam Marcianus *in d.l.25.* quàm Paulus *in d.l.6.§.sed si morte*, adeò simpliciter, & generaliter dent cõdictionem potiùs quàm vindicationem, Ratio fortassis petenda est ex eo quod iam diximus, Vindicationem rerũ siue diuortij, siue mortis causa, siue denique constante matrimonio amotarum, non aliter posse competere quàm si duo illa concurrant, vt & mariti propriæ vel dotales fuerint res quæ amotæ sunt & extent. Condictionem verò competere omni casu præterquàm vno illo, quo res amotæ propriæ fuerint viri vel dotales & adhuc extent perinde atque omni casu & indistinctè competeret actio rerum amotarum, si diuortij postea secuti causa res amotæ probarentur. Perpetuò enim verum est, quod toties inculcauimus certi condictionem nullam siue generalem siue specialem ei dari posse qui sit dominus extra causam condictionis furtiuæ. Et ob id nimirum necessarius est vsus cõdictionis illius generalis, de qua suprà diximus, quæ latiùs patet quàm non solùm actio rerum amotarum, sed etiam cæteræ cõdictiones omnes. Sicuti enim nihil refert an res amotæ propriæ fuerint mariti vel dotales, an penitus alienæ ad hoc vt rerum amotarum actio competat, sufficitque marito vt probet amotas fuisse diuortij causa, Ita & cessante iudicio rerũ amotarum sufficit ad causam condictionis illius generalis siue ob solam possessionem auocandam rerum extantium, siue ob consequendam æstimationem earum quæ extare desierunt, vt probet maritus amotas quoquomodo eas fuisse & subtractas, siue cõstante matrimonio, siue mortis adeóque diuortij etiam causa, Cùm omni casu hoc ipso quod probantur amotæ, probentur etiam penes mulierem esse non ex iusta causa: quod vnum exigitur, vt condictioni illi generali locus fiat. Et quamuis mulier quæ condictione illa cõuenitur probare ipsa vellet res quæ amotæ dicuntur vel proprias viri fuisse vel dotales: Non tamen assequetur vt condictionem nullo iure institutam fuisse appareret, Nec si res adhuc extarẽt quę vindicari commodè potuissent, aut alia actione peti, puta hereditatis petitione, vt *in d.§.sed si morte & §.seq.* Nam præter id quod absurdum videtur si quis dicat cogi posse maritum vt hanc de causa dominij disputationem suscipiat si non tanquam dominus, sed tanquam maritus cui res amotæ sunt, actionẽ instituere velit, Illud etiam certum est condictioni huic generali non posse mulierem obiicere exceptionem dominij, Cùm probato dominio mariti tãtò magis futurum sit vt appareat ex iniusta causa penes ipsam esse res quas amouit, & consequenter non posse illam recusare quominus teneatur hac generali condictione, quæ scilicet non tam ex agentis quàm ex rei cõuenti persona æstimatur, id est nón tam ex dominio vel non dominio actoris, quàm ex nõ iusta possidẽdi causa ex parte iniusti possessoris. Atque hoc sensu poterit generalius intelligi id est de condictione illa generaliore, quod scriptum est *in d.l.6.§.pen. & d.leg. 25.* si cui supradictæ interpretationes nostrę minùs probabuntur, quas attulimus circa condictionem certi, siue specialem siue generalem. Obseruamus enim duplicem condictionem generalem: Vnam quæ certi condictio dicitur quam solã Accurs. obseruauit, & de qua Vlpianus *in d.l.certi condictio 9.D. de reb. cred.* per quam actor intendit sibi dari tantũ oportere, Generaliorẽ alteram nõ certi, vt diximus, nec triticariam, de qua *in l.1.& tit. De cond.tritic.* [sunt enim illæ quidem generales sed per quas tamen nihil nisi dari oportere intenditur *d.l.1.in princip.& §.vlt.de cond.tritic.*] nec eam quæ sine causa dicitur, quæ species non genus condictionis est, plures quidem casus sub se complectens, sed non plures condictionis species, Vt & illa quæ ob turpem vel iniustam causam, vel ex indebiti causa datur, sed eam quæ cæteras cõdictiones omnes tã generales quàm

speciales

speciales sub se continet quam diximus appellari *non ex iusta causa*, Per quam intendit actor non præcisè dari, sed aut dari sibi quid aut fieri oportere, quę fuit olim definitio, & natura omnium condictionum, *dict. §. appellamus*: Vnde fit vt vindicatio quamuis non possit concurrere cum certi condictione, siue generaliter, siue specialiter sumpta quandoquidem is qui iam dominus est, magis dominus fieri non potest, Possit tamen concurrere cum illa condictione generaliore, quæ non tam ex iure & dominio actoris, quàm ex non iusta rei conuenti possessione, vt diximus, æstimāda est. Nam & qui vindicat licèt hoc potissimùm intendat, rem suam esse, hoc tamen quoque per consequentias saltem intendit, Restitui sibi rem oportere. Hoc verò non repugnat condictioni generali quæ non minùs ad faciendum competit quàm ad dandum: Ac proinde æquum est accommodari eam actori cuilibet siue dominus ille sit, siue non sit, dummodo amiserit ipse possessionem rei quæ penes alium esse cœperit non ex iusta causa. Oportet enim amissum aliquid esse vt condictio hæc generalis possit competere. Amissum autem nihil esse potest, nisi quod vel dominiū sit vel possessio. Cæterum quocunque tandem sensu velis intelligere quod de condictione ex causa rerum amotarum danda scriptum est *in d. l. 6. §. sed si morte d. l. 17. §. pen. & d. leg. 24. & 25. rer. amot.* [parum enim refert, quod ad disputationem nostram attinet dum ne intelligas cum Accurs. de condictione furtiua] Semper verum erit probari ex omnibus iis locis actionem rerum amotarum nō esse condictionē. Tātum abest vt possit dici similis cōdictioni furtiuæ, A qua etiā in eo differt quod cùm is qui opem furi tulit nō teneatur condictione furtiua quia fur non est, licet furti actione conueniri possit *l. proinde 6. D. de cond. furt.* tenetur tamē actione rerum amotarum si modò diuortij postea secuti causa id fecerit *leg. si rem 20. D. rer. amot.* iunct. *§. j. l. seq. eod.* Quod cùm ita sit, quis credat Tribonianum voluisse post tot aliorum prudentum sententias subiungere ex Caio *in d. leg. rerum 26. eod. tit* Rerum amotarum actionem condictionem esse? Fateamur ergo potiùs scripsisse Caium, quomodo ex iuris ratione scribere omnino debuit addita negatione *Rerum amotarum actio condictio non est.* Nam nec alius iuris locus est quo vel in argumentum probari possit actionem illam aut condictionem esse, aut à prudentibus pro condictione habitam fuisse, si vnum Pauli vel potiùs Iuliani locum excipias *in l. pen. D. de condict. furt.* De cuius quoque sententia quia diu malè me habuit, & pessimè ab interpretibus omnibus, ni fallor, accepta fuit, subiiciendum separatim aliquid est *in c. seq.* in quo erimus tantò breuiores quātò longiores hîc fuimus, ad tot leges explicandas, de quarum interpretatione nihil apud Accursium aut Bartolum reperire possis quod vel cum earum verbis vel cum iuris ratione consentiat.

ERROR NONVS.

De sententia & ratione l. penult. D. de condict. furt.

HIc vnus loc^9 est quo maximè videatur probari posse, & ex quo vir doctissimus Iacob. Cuiacius probare nititur, Actionē rerū amotarum esse cōdictionē. Scribit enim Paulus ex Iuliano, Ex persona filiæ quę res amouit dādā in patrē cōdictionē in peculiū Iulianus respōdit. Quę verba necessariò sic accipiēda esse videtur, vt vel de cōdictione furtiua, vel saltē de rerum amotarum actione intelligātur. Prior interpretatio vulgaribus interpre-

Digitized by Google

ibus communiter magis placet, Posterior autem Cuiacio. Nos neutram probare possumus. Priorē ratio illa iuris refellit, quòd fieri nullo modo, nullóq; casu potest vt pater ex persona filij filiæve familias condictione furtiua teneatur, cùm possit ea actio contra filium ipsum aut filiamfamilias exerceri, quandoquidē ex omnib. causis, siue ex cōtractibus siue ex delictis, sed multò magis ex delictis filiumfamilias perinde ac patremfamilias & obligari & conueniri posse constat *l. filiusfamilias* 49. *D. de oblig. & act. l. tam ex contractibus* 17. *D. de iudic.* Id enim est quod idem Paulus noster scribit *in l. ex furtiua* 5. *De condict. furt.* Ex furtiua causa filiofamilias condici posse: Acsi esset adiectum, quod necessariò supplēdum est *non etiam patri.* Quis enim dubitare poterat quin ipsi filio qui furtū fecisset cōdici posset? Et ob id rationē illam statim Paulus subiungit non quæ probet condici posse filiofamilias, sed quæ probet Condici nō posse patri. Nunquam enim ea cōdictione, inquit, alius quàm qui fecit tenetur aut heres eius. Pater autē filijfamilias qui furtum fecerit, neque fur ipse est, neq; heres furis, ne quidē mortuo filio, ac multò minùs eo viuo, vt docuimus iam olim *lib.* 4. *Coniect. cap.* 1. vbi etiam obseruauimus differentiam perelegantem inter filiumfamilias & seruū, & consequenter inter patrem & dominum. Nam si seruus furtum commiserit, condictione furtiua necessariò agendum est non cum seruo cū quo nulla actio est vt habet iuris regula *l. cum seruo* 107. *De regul. iur.* sed cum domino, Et quidem præcisè & sine vlla exceptione quātum ad id quod ad eum peruenit, In residuum verò hactenus vt tamen seruum noxæ dedere dominus possit, vt scriptū est *in l. si seruus.* 4. *eod.* vbi quod post prima illa verba legis additur, *vel filiusfamilias* quasi eadem sit hac parte ratio filijfamilias & serui, proculdubio irreptitium est & ex glossa inepti alicuius interpretis, quem vel hic Pauli & Iuliani locus fefellerit, Vel alius ille Triboniani sub Vlpiani nomine *in l.* 3. *§. penultim. D. de pecul.* vt docuimus *in Error.* 2. *Decadis superioris.* Nullo igitur casu verum esse potest quod interpretes volunt teneri patrē condictione furtiua ex persona filijfamilias furis, At multò minùs ex persona filiæfamilias, quæ mariti res amouerit, cùm nec filia ipsa possit huiusmodi condictione conueniri quia turpis actio est quæ ob honorem matrimonij deneganda est *l.* 2. *D. rer. amot.* aut vt loquitur *l. vl. C. de furt. ad fin.* ob pudorem transacti matrimonij. Nec probabilior fieri hęc sententia potest ob illam adiectionem *in peculium* quasi absurdum non sit teneri condictione furtiua peculio tenus dum ne in solidum teneatur, vt hæc differentia supersit inter furem aut furis heredem & furis patrem, Quòd & fur & furis heres in solidum condemnandus sit ex causa condictionis furtiuæ *leg. in condictione* 9. *eod. tit.* Pater verò non nisi quatenus est in peculio. Nā quod Paulus scribit *in d. l.* 5. Nunquam ea condictione alium teneri quàm eum qui furtū fecit, aut heredem eius sicut per generalem negationem conceptum est: Ita generaliter debet intelligi vt nullomodo pater condictione ita teneri possit, neque in solidum, neque de peculio, quia adiectio illa *de peculio* nō immutat qualitatem actionis principalis quæ contra patrem competit, & quæ non alia est quàm qua filius ipse tenetur *l.* 3. *§. cui congruit D. de pecul. l.* 1. *C. quod cum eo qui in alien. pot.* Et absurdum sanè adeóque iniquum est condictione furtiua, quę nō nisi furis odio contra iuris regulas inducta est, teneri patrē qui neque fur sit, neque heres furis, Ne quidem de eo quod ad ipsum peruenerit ex furto filij, cùm id si extet vindicari possit, Vindicatio autem nūquam nisi contra furem vel furis heredem possit cum condictione concurrere *§. sic itaque. Inst. de action.* Denique facilius est vt quis alius quàm fur, aut furis heres teneatur actione furti quàm condictione

Digitized by Google

condictione furtiua, Vt videre est in eo cuius ope consilio furtum factum fuit, quem certum est furti actione teneri, at condictione furtiua non teneri *l. proinde 6. D. de condict. furt.* Quis ergo in patre contrarium possit admittere, vt cùm furti actione nullatenus nullóque casu teneatur, condictione tamen furtiua cõueniri possit ad finẽ peculij? Sed & ratio illa pro patre omnino facit, quòd actio de peculio numquam datur cõtra patrem cùm ex delicto venit actio, sed ita demùm si ex contractu *l. 1. §. si filiusfamilias D. de his qui effud. vel deiec. l. ex pœnalibus 58. De regul. iur. l. vlt. §. 1. D. de aleator.* Condictio autem furtiua nõ solùm ex delicto venit non ex cõtractu, sed etiam ex causa pœnali, quia pro causa furtum habet, quod pœnale est. Non potest igitur ea Iuliani sententia, quam Paulus refert & probat *in d. l. penult.* referri ad condictionem furtiuam. Ergóne ad actionem rerum amotarum? quomodo putat Cuiacius vt inferat esse illam cõdictionem? Ita certè videri possit si pro vero habeamus, quod ex Vlpiano scriptũ legimus *in d. l. 3. §. pen. De pecul.* Circa rerum amotarũ actionem filiæfamilias nomine in id quod ad patrem peruenit competere actionem de peculio. Itémque quod Melam & Fulcinium sensisse idem Paulus refert *in l. 3. §. vlt. D. rer. amot.* vt si filiafamilias res mariti amouerit danda sit in patrem ex ea causa actio de peculio, quæ ipsa nihil aliud est quàm actio rerum amotarum de peculio, Quomodo de actione tutelæ & negotiorum gestorum scriptum est *in d. l. 1. C. quod cum eo,* & de actione mandati *in d. l. 3. §. cui congruit de pecul.* Hoc verò si ita est vt de eadem actione Iulianus, Mela, Fulcinius, Vlpianus, & Paulus senserint, negari certè vix potest quin actionem rerum amotarum Iulianus & Paulus condictionẽ esse putauerint. At cùm huic sententiæ tot aliæ leges repugnent, tótque iuris rationes quas proximo capite explicauimus, Non possum mihi persuadere tam impropriè locutum fuisse Iulianum vt condictionẽ dixerit pro actione rerũ amotarum. Credam potiùs dissensisse illum à cæteris Iureconsultis non in eo, quòd actionem rerum amotarum pro condictione habuerit, quam alij nũquam in eo numero habuerunt, sed in eo tantùm, quòd non credidit ex causa rerum amotarum dandam esse in patrem actionem de peculio, quam alij dandam putauerũt: Ideò fortasse quòd actio rerum amotarum non minùs quàm condictio furtiua ex furto pendeat *l. si mulier 21. §. vlt. D. rer. amot.* iunct. *l. si ambo 10. §. quoties D. de compensat.* proindéque non magis ratio iuris ferat vt ex causa rerum amotarum quàm vt ex causa condictionis furtiuę pater de peculio teneatur. Alij verò Iureconsulti, Mela nimirũ & Fulcinius ad id magis respexerunt, quòd licet actio ista rerum amotarum ex delicto pendeat, causam tamen primam & originem suam trahit, à societate illa quæ inter coniuges per matrimonium inducitur, ita vt etiam ex contractu quodãmodo descendere videatur, saltem ex malè contractu, vt Triphoninus loquitur *in l. si rerum 52. De re iudic.* & ex negotio quodam gesto vt actio illa de qua *in l. vlt. §. 1. D. de aleat.* Itaque minus absurdi est dari ex hac causa actionem de peculio in patrem quàm ex causa condictionis furtiuæ, quia minùs abhorret à regulis iuris.

ERROR DECIMVS.

De prudentum veterum dissensione in hac quæstione leg. penult. De condict. furt. & de media quadam Papiniani sententia in leg. 5. D. rer. amot.

FVISSE hanc quæstionem inter veteres prudentes controuersam non obscurè, meo iudicio, innuit Paulus *in d.l.3.§.vlt.* cùm de ea non tam suam quàm aliorum sententiam refert, Melæ nimirũ & Fulcinij quorum authoritas inter prudentes nõ parua fuit. Sed & suspicionem dissensionis apud me non parum illud auget, quod video Papinianum mediam quandam opinionem induxisse, vt pater ob res per filiam amotas neque condictione furtiua teneatur, quæ nec contra filiam ipsam competeret, neque actione de peculio, quoniam negari non possit rerum amotarum actionem pendêre ex delicto, sed teneatur vtili actione rerum amotarũ, & quidem de eo tãtùm quod ad ipsum peruenit *l. viua quoque 5. eod tit. rer. amot.* quomodo & aliis plerisq; casibus deficiente actione de peculio vtilis actio dari solet, *leg. ex facto 52. versic. quid ergo est. D. de pecul.* nec nisi de eo quod peruenit, quia vtilitas, id est æquitas non patitur, vt ex delicto filij pater in plus teneatur, sicut nec vt dominus ex facto serui, cùm actio noxalis esse non potest, vt in *d. l. vlt. §.1. D. de aleator.* Cæterùm cùm Iulianus apud Paulum *in d.l. penult.* non det actionem rerum amotarum de peculio in patrem quam Mela & Fulcinius dederunt, nec vtile illud iudicium quod Papinianus dandum credidit, sed condictionem in peculium. Neque tamen de condictione furtiua intelligi vllomodo possit vt probauimus, Illa semper dubitatio superest, De qua ergo condictione Iulianus senserit, An fortè cõdictionẽ dixit pro actione in personam, quomodo interpretatur Accurs. *ad l. rerum 26. D. rer. amot.* At nos iam hoc refutauimus in præcedentibus, & ostendimus, numquam adeò impropriè loqui Iureconsultos, vt actionem quamlibet in personam vocent condictionem, nisi per quam intendit actor dari sibi oportere, scilicet cùm de certi condictione siue generali siue speciali loquuntur. Et ideò nunquam condictionem dant domino, Excepta condictione sola furtiua: Nec est quod cum Cuiacio quis excipiat etiam condictionem, vt ille loquitur, rerũ amotarũ. Nam vel ex hoc ipso maximè intelligimus actionem rerum amotarũ non posse condictionẽ dici quòd competat viro etiam ob eas res quæ ipsius propriæ aut dotales fuerunt, quarum tamen nomine certi condictionem competere nõ posse certum est. Hoc vnũ ergo relinquitur, vt dicamus de ea cõdictione Iulianum sensisse quæ extra causam rei furtiuæ domino dari possit. Ea verò alia non est quàm de qua proximo capite diximus, quę generalior est cæteris omnibus, & per quam repetimus quicquid alius nõ ex iusta causa possidet, quod reddi nobis & restitui æquum sit. Deniq; per quã intendimus nõ præcisè dari quid nobis, sed vel dari vel fieri oportere, Quæ fuit olim generalis & communis natura omnium condictionum. Nec enim dubitãdũ est quin cũ actione rerum amotarum etiã cõdictio hæc possit cõcurrere, vt & cum aliis actionibus quibuslibet, vt suprà ostendimus *ex l. contra nurum 6. §. pen. & l. rerũ quidem 25. D. rer. amot.* Voluit ergo Iulianus, si filiafamilias mariti res amouerit, ex eius persona conueniri posse patrẽ non actione directa rerũ amotarum de peculio, neq; actione vtili, sed cõdictione illa generali, quæ *non ex iusta causa* appellatur, & in qua nũquam de delicto quæritur, licèt possessio iniusta non aliã causam, quàm delictum habuerit, sed tantùm de eo, An cùm actor habeat iustã causam repetẽdi, reus vicissim qui cõuenitur nullã habeat iustã causam possidẽdi: Quã certè nullã habet is, qui rẽ alienã sine causa detinet, vt neq; de illo quærendũ sit, an res amotæ sint necne, dũmodò probet actor sua interesse ex iusta causa, siue quòd res illæ quas cõdicit ad ipsum pertineãt iure dominij, siue quòd eas ex qua alia iusta causa possideret, aut quòd ad earum possessionem alteri restituendam

stituendam teneretur, Vt contingeret si ex res amotæ viro essent, quas vir ab alio pignori accepisset *l.si concubina 17.§.vltim.D.rer.amot.* In summa sicut actio rerum amotarum competit viro ob res amotas quaslibet etiã quæ sint propriæ viri, sic tamen vt de dominio neque probandum neque tractandum quicquã sit, sed tantùm de illo disputandũ, An diuortij postea secuti causa amotæ sint, nécne. Ita & propter res amotas competit generalis illa condictio aduersus mulierem quæ amouit, siue dominus earum rerum sit maritus, siue non sit, nisi quod nec amotas fuisse res dicere necesse est, quo nomine delictũ significaretur, sed sufficit dicere & probare res illas non ex iusta causa à muliere possideri. Quod ipsum probatur hoc solo, quod mulier nullam possessionis suæ iustam causam probare potest. Quam enim habere posset ea quæ res amouit? Mirum igitur nõ est dari ex hac causa condictionem non modò aduersus mulierem quæ amouit, sed etiam ex persona ipsius si filiafamilias fuit contra patrem, sed in peculium, quia licèt condictio hæc non veniat ex contractu, ex qua potissimùm causa solet dari actio de peculio *d.l.1.§.si filiusfamilias D.de his qui deiec. vel effud.* Tamen neque ex delicto pendet vt actio rerum amotarum, Sed ex eo solo quòd nullam iustam causam habeat filiafamilias id possidendi quod maritus anteà iustè possidebat. Verùm hîc adhuc scrupulus ille superest, quod cùm ea condictio non solùm ex contractu nullo descendat, sed neque ex negotio aliquo quod inter coniuges gestum sit [quæ res posset sufficere vt actio de peculio in patrem dari deberet, quomodo datur in dominum in specie *dict.leg.vltim.§.1. D. de aleator.*] vix ratio vlla reddi potest, Cur de eo quod ex non iusta causa penes filiamfamilias sit, actio de peculio in patrem dari debeat. Neque enim pater dando peculium filiæfamilias, hoc etiam ei mandasse aut permisisse videtur vt mariti res amoueret, aut vt res alienas non ex iusta causa inciperet possidere. Hac nimirum ratione victus cogor dicere, non eam Iuliani sententiam fuisse vt ob res mariti à filiafamilias non ex iusta causa possessas possit pater conueniri de peculio, si nihil ipse possideat, sed hanc potiùs, vt quod ipse ex rebus per filiam amotis sine causa possidet in causam peculij, id est quod ex rebus amotis in peculio est, illud demum possit ei condici ea ipsa condictione qua filiafamilias ipsa tenetur, Hac sola differentia quòd tenetur illa in solidum, pater verò nec in solidum nec de peculio, sed quatenus ex facto & delicto filiæ in peculio est, quomodo loquitur idem Paulus *in dict.leg.vltim. §.1. in fin. D. de aleator.* Ideóque puto sic Iulianum locutum esse vt diceret *dandam in patrem condictionem in peculium* non autem *de peculio*: Ita significans non tam teneri hoc casu personam patris propria actione de peculio, quàm ipsum peculiũ, hactenus scilicet quatenus peculium locupletius factum est. Quasi per actionem hanc repetatur non quod amotum est, aut quod non ex iusta causa penes filiam ipsam reperitur: quæ scilicet tenetur rerum amotarum de omni eo quod ipsa amouit licèt nihil ad eam peruenerit, *l.sed etsi 19. D.rer.amot.* Sed quod non ex iusta causa penes patrem ipsum est, Penes quem porrò id omne esse intelligitur quod ex rebus amotis est in peculio, quia licèt peculium propriè sit filiæ, magis tamen est patris *leg.patri 27.D. de minor.* Atque ita Accursius quoque noster intelligit, Errans tamen in eo quod Iulianum de condictione furtiua sensisse putat, de qua fieri nequit vt senserit, cùm nec filia ipsa quæ amouit, & deliquit eiusmodi condictione teneatur, & absurdũ sit duriore actione & turpiore teneri patrẽ ex persona filiæ qui nihil ipse deliquit quàm filiam quæ deliquit. Sed errat grauiùs Bart. qui Iulianum sic intelligit vt condictio furtiua detur etiam cõtra patrẽ cui

adiectione illa De peculio: Quasi nihil intersit an ex causa condictionis furtiuæ ob furtum quod filia fecerit conueniatur pater de peculio, An verò ex aliquo filiæ contractu, Cùm tamen hactenus intersit etiam circa rerum amotarũ actionem quòd si ex contractu cõueniretur, vtique in solidum peculium teneretur, id est ad finem vsque peculij, tametsi vel nihil vel minùs ex rebus amotis in peculium peruenisset. Ex causa verò rerum amotarum non tenetur nisi quatenus ex rebus amotis in peculio est, idque ita demum si non actione rerum amotarũ de peculio, sed condictione non ex iusta causa conueniatur, ac proinde nullatenus si locupletius peculium ex iis rebus factum non sit, Ex causa verò condictionis furtiuæ nullomodo, id est ne quidem de eo quod ad peculium peruenerit. Sed hæc quidem ex Iuliani sententia & ex iuris ratione verissimè dicuntur. Nam si Melæ & Fulcinij opinionem sequamur dicendum erit posse patrem ex persona filiæ conueniri actione rerum amotarum de peculio solido quamuis non sit locupletatum peculium ex rebus amotis, neque necessarium erit recurrere ad auxilium condictionis illius generalis *non ex iusta causa* quæ plenior cõtra patrem nullo casu esse potest quàm actio de peculio, at minùs plena esse potest. Si verò Papiniano credimus, neque actio rerum amotarum directa de solido peculio contra patrem competet, neque condictio non ex iusta causa in peculium, Sed actio vtilis rerum amotarum danda erit de eo tamen quod ad patrẽ peruenerit, etiamsi nullum fortassis filiæ peculium sit, quo casu manca sanè est Iuliani sententia, quæ nullum auxilium marito tribuit contra patrem ne ex delicto filiæ impunè locupletetur. At si Triboniano magis quàm prudẽtibus credimus, dicendum est tam ex causa condictionis furtiuæ quàm ex causa rerum amotarum dandam esse contra patrem actionem de peculio, non tamen solido, sed quatenus ex furto filiæ locupletior pater factus est. Ita enim apertissimè sub Vlpiani nomine scriptum est *in dict. l. 3. §. pen. D. de pecul.* quem tamen locum esse totum Tribonianeum, & à vera rectáque iuris ratione non minùs quàm à prudentum traditionibus alienum ostendimus in præcedentibus, tam apertè vt nulla de eo dubitandi causa superesse videatur.

ANTO-

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXX.

ERROR I.

De actione rerum amotarum an in solidum danda sit contra heredem an non, Ad l.vlt.C.rer.amot.

QVANDO iam de actione rerum amotarum tam multa scripsimus, operæprecium est hāc quæstionem subiicere quæ in toto illo tractatu præcipua est, An actio illa in solidum danda sit aduersus heredem exemplo eius quod de condictione furtiua scriptum est *in l. in condictione 9. D.de condict.furt.* An verò quatenus dumtaxat ad heredē peruenit, quomodo scriptum videtur *in l.vlt. C.rer.amot.* Nos priorem opinionem olim defendebamus cōtra Iacobum Cuiacium, & cæteros omnes interpretes, Moti ex eo potissimùm quod scriptum videbamus *in l.contra nurum 6.§.item heres D. eod. tit.* heredem mulieris teneri ex causa rerum amotarum, sicut condictionis nomine ex causa furtiua. Neq; enim vnquam dubitauimus quin ius condictionis furtiuæ illud sit vt aduersus heredem non minùs quàm contra furem ipsum in solidum detur, quomodo disertè scriptum est *in dict.l.9.De condict.furt.* Item ex eo quod nullā differentiæ rationem videre poteramus inter condictionem furtiuam & actionē rerū amotarum, cùm Cuiacij errorē secuti, aut potiùs Caij verbis decepti *in l.rerū 26. D.rer.amot.* vtramq; actionem putaremus esse cōdictionem, Sicut & vtramq; fatentur omnes, & rei persecutoriā esse, & descēdere tamē ex delicto. Quibus ipsis rationibus in contrariū errorem prolapsus Cuiacius non minùs pertinaciter defendit condictionē furtiuā non dari in solidum contra heredē, sed de eo tantùm quod peruenit, Apertè contra non modò iuris rationē manifestā, sed expressa etiam verba *d.l.in condictione*, ad quā nihil habere se professus primùm quod posset respōdere, tandem aliquid respondit, sed tale quid quod prorsus nihil est, vt in sequentibus ostēdemus. Nec tamē multò nos

meliùs aut feliciùs ad *d.l.vlt.C.rer.amot.* quæ vna certè virum doctissimum decepit,& quotquot eius sententiam contra nos sequuntur. Omnes verò decepti sumus ignoratione eorum quæ ad qualitatem & naturam actionis rerum amotarum pertinent,& ex quibus petenda est ratio eius diuersitatis quam nunc primùm agnoscere cogimur inter actionem rerum amotarum, & condictionem furtiuam: Quæ tamen ex iis quæ hucusque circa vtramque actionem diximus, intelligi facilè potest. Condictio enim furtiua exemplo cęterarũ condictionum omnium stricta actio est,merámq; rei persecutionem sui natura cõtinet, Ideóque licèt nascatur ex delicto in heredem furis, cõpetit in solidũ, etiamsi vel nihil,vel minùs ad eum peruenerit. At actio rerũ amotarũ quemadmodum condictio non est,ita neq; actio stricta dici potest,nec rursum bonæ fidei,cùm nõ nascatur ex negotio vllo bona fide gesto,sed potiùs ex malè contractu & ex delicto, vt loquitur Tryphoninus *in l.si rerum 52.D.de re iudic.* Est igitur actio arbitraria, licèt à Triboniano per incuriã prætermissa *in §.prætereà*, vbi inter cæteras enumerari debuerat *Inst.de action.* Ei namq; cõuenit optimè definitio arbitrariarũ actionum quæ illa est, vt arbitrariæ eæ sint dicendæ in quibus nisi actori arbitrio iudicis satisfiat,ex bono & æquo condemnatio fit. Nam in actione rerum amotarum præcedit arbitrium iudicis iubentis res amotas restitui & reddi ei cui amotæ sunt. Quis non enim id æquum putet siue fuerint res illæ propriæ coniugis,cui sunt amotæ,siue alienæ,vt *in leg.si concubina 17.§.vltim.& l.seq.D.rer.amot.*& siue ad coniugem qui amouit fortassis per alios,res illæ peruenerint,siue non peruenerint?*leg.sed etsi 19.in fin.eod.* Quòd si eas reddere & restituere iussa mulier nolit arbitrio parêre, tùm verò condemnatio fit non quanti plurimi res vnquam fuerint quæ amotæ sunt, vt contingit ex rigore iuris in condictione furtiua,quia quolibet instanti nouam moram facere fur intelligitur *leg. in re furtiua 8.§.vltim.& l.vltim. D.de condict.furt.* sed ex bono & æquo, quanti actor in litem iurauerit sua interesse, quòd æquum non sit vt cogatur inuitus res suas iusto precio vendere *leg.si cùm dos 8. §.1.& leg. seq.eod. tit.* iunct.*l.si filiofamilias 25.§.1. D.solut.matrim. leg.nec quasi 70. D.de rei vindic.* In quo vt in cæteris plerisque visum est mitiùs tractari debere coniugis personam etiam quæ furtum fecerit, quàm alium furem quemlibet, Hactenus scilicet,vt reddendo res quas amouit,euitet condemnationem, nec aliam pœnam subire vllam compellatur, cùm furti actione quæ tota pœnalis est conueniri nõ possit. Dices, Imò duriorem esse condicionem actionis rerum amotarum in eo quod ex ipsa condemnatio fit quanti actor in litem iurauerit, quàm fit furtiuæ condictionis, in qua non fit condẽnatio nisi quanti plurimi res fuit ex die furti, cùm multò grauior sit & amplior æstimatio quæ fit & crescit per iusiurandum, quàm quæ plurimi vnquam fuit,& quæ ex rei veritate constituitur, non ex agẽtis adfectione *l.1.D.de in lit.iur.l.vlt. D.de fideiuss.* Verùm facilis responsio est, Non ideò duriorem esse actionem rerum amotarum, quòd in ea iuretur in litem,cùm non iuretur nisi in casum quo persona quæ conuenitur nolit arbitrio iudicis parêre, ac res amotas reddere, quod vt faciat in ipsius potestate est, nisi ponas ipsius dolo præcedente factũ esse ne amplius esset in potestate. Sic.n. & Vlpianus noster argumẽtatur *in l.item si cũ 14.§.in hac actione, vers.nec cuiquam iniquum videatur D.quod met.caus.* Sed & obseruandum est, Contra furem non minùs quàm contra coniugem ex causa rerum amotarum iurari in litem non quidem in condictione furtiua, licèt vulgò interpretes & pragmatici aliter & malè sentiant, sed in actione furti *l.cùm furti 9. D.de in lit.iur.* vt scilicet pœnæ dupli

dupli vel quadrupli lege 12.tab. constituta possit certa fieri ex cõparatione simpli, vt nos in prima huius Chiliadis parte explicauimus: Actionem porrò rerum amotarum singulari quodam iure inter coniuges esse comparatam, vt esset loco non tam condictionis furtiuæ, [quæ per mediam iurisprudentiam mero furum odio introducta est] quàm actionis furti quæ iam per legem duodecim tabularum fuerat introducta: Aut saltem vt esset loco vtriusque cùm neutra inter coniuges habere locum possit. Est igitur semper longè durior condicio furis, quippe contra quem omnimodo iuratur in litẽ quoties pœnali actione furti conuenitur, ita vt nihil ei prosit ad impediendũ iusiurandum in litem quod paratus sit rem furtiuam reddere, non magis quàm ad legitimam pœnam euitandam. Qua etiam præstita nihilominùs tenetur adhuc condictione furtiua vt det rem furtiuam, vel præstet quanti plurimi res vnquam fuit, Vt in sequentibus dicemus ex *l. qui vas 48. in princ. l. si pignore 54. §. cùm furti l. qui re 76. in fin. D. de furt.* Hoc itaq; supposito quod negari certè non potest, vt actio rerum amotarũ sit omnino & verè arbitraria, Intelligimus non dari eam præcisè & sui natura ad rerum amotarum restitutionem, quomodo diximus dari condictionem furtiuam ad hoc præcisè vt res furtiua si extet restituatur aut quanti plurimi vnquam res fuit, sed ad id quod interest agentis, & ita demum si arbitrio iudicis non pareatur, neque res amotæ restituantur. Arbitrium igitur iudicis dati præcedere necesse est, De rebus amotis restituendis, priusquàm ad condemnationem vllam ex vi & potestate huius actionis perueniri possit. Atqui mortua persona ipsa quæ res amouit, non potest arbitrium iudicis aut viri boni contra heredem tale esse vt iubeatur ille reddere suprà quàm ex rebus amotis ad ipsum peruenerit, aut dolo eius malo factum sit quominùs perueniret. Neque enim aliter vir bonus arbitraretur, cùm nemo arctandus sit ad præstandum id quod præstare nullomodo possit, si modò nihil sit quod ei possis imputare, *l. mulier 22. §. sed enim* in illis verbis *placet non cogi eum reddere quod non habet D. ad SC. Trebellian.* Inde igitur fieri dico vt actio rerum amotarum licèt meram rei persecutionem nec aliud prætereà quicquam contineat, quia tamen eam ipsam non nisi arbitrio iudicis continet, non sit danda in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, aut quod ne perueneri dolo eius malo factum sit: Idem namque euenit in cæteris actionibus arbitrariis omnibus, id est quæ iudicis tantùm arbitrio rei persecutionem continent, vt in heredem non dentur suprà quàm ad eum peruenerit *leg. 4. §. vltim. cum duab. seqq. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* iunct. *l. qui seruum 20. §. in iure interrogatus D. de interrog. in iur. fac. l. si fur dus 16. §. in condemnatione D. de pignor.* Et hanc dico esse sententiã & rationẽ *legis vltima C. rer. amot.* vbi scriptũ est, De rebus quas diuortij causa vxor marito abstulit, cõtra successores mulieris nõ in solidũ, sed in quãtum ad eos peruenit, agere maritũ debere. Quòd si res extẽt etiã dominij vindicatione vti eũ nõ prohiberi. Nec possũ facere, quin alias ad eũ locũ interpretationes, quas in Coniecturis nostris attulimus, nũc improbem, licèt malè cõfutatas ab iis qui cõtra nos scripserũt, quiq; nihil melius quod adferrẽt habuerũt, quia id ipsũ quod dicẽdũ fuit, hoc est quod nũc dicimus, nũquã sciuerũt: Quo semoto certè in priore sentẽtia & interpretatione nostra perstare cogeremur. Verùm hîc illa insurgit noua cõtra nos dubitatio, quòd actio hęc rerũ amotarũ nõ minùs arbitraria est, cùm aduersus ipsam mulierẽ quæ amouit, quàm cùm aduersus heredẽ ipsius exercetur. Perinde enim necesse est vt præcedat arbitriũ iudicis de rebus amotis per mulierẽ ipsam restituẽdis, antequàm possit perueniri ad cõdemnationẽ, quę scilicet

Digitized by Google

in hoc iudicio fit non tam ob id quòd res amotæ sint, quàm ob id potiùs quòd quæ amotæ sunt, & quæ arbitrio iudicis reddi debuerunt, non fuerint redditæ, Idque per contumaciam eius personæ quæ amouit *d.l.si c̀ m dos 8.§.1. & l.sequ. D.rer.amot.* Neq; tamen ex eo fit quin actio rerum amotarũ contra mulierem quæ amouit in solidũ detur, Adeóq; quod magis mirũ est etiamsi nihil fortè ad eã ex rebus amotis peruenerit *d.l.sed etsi 19.in fi.eod.tit.* Non est igitur bona hæc nostra collectio, vt ob id quod actio rerũ amotarũ arbitraria est, minùs dãda sit in solidũ cõtra heredẽ. Respõdeo apertè diuersam esse hac parte rationẽ mulieris quæ res amouit, & heredũ ipsius, Nã quę amouit cùm reuera furtum fecerit non potest carere dolo, nec videri dolo non fecisse quominùs ad eam res amotæ peruenirent si non peruenerint, & idcirco non potest recusare quominùs arbitrio iudicis reddere iubeatur quicquid amouit, etiam quod ipsa non possideat. Dolus.n.pro possessione est vt habet iuris regula, nec quicquã interest, v- la iuris parte an quis possideat, an dolo desierit possidere, an denique dolo malo fecerit vt nõ inciperet possidere, ne quãdoq; dici posset desiisse dolo malo possidere, *l.4.eod.tit.l.2.§.sed et si quid D.de hered.vel act.vendit.l.quæsitum 8.§.vlt. D.de precar.* Proinde non distinguimus in persona mulieris quæ per aliũ vt furti contegendi gratia fieri solet, mariti res amouit, an amotæ res ad eã peruenerint, necne. At in herede mulieris hæc distinctio necessaria est quia non fit successor doli defunctæ vt habẽdus sit pro possessore si nõ possideat, aut vt perinde cõdẽnandus sit acsi res amotæ ad eũ peruenissent si fortè ex rebus amotis vel nihil vel minus ad eũ peruenerit. Itaq; nõ debet arbitrari iudex qui in huiusmodi actione datus est, vt heres mulieris reddat marito res amotas suprà quàm ex iis ad heredẽ ipsum peruenerit, Alioquin esset arbitriũ iniquum & bono viro indignũ *d.§.sed enim l.22.ad SC.Trebell.* Et cõsequenter verũ est quod ait *d.l.vlt. C.rer.amot.* nõ posse heredẽ ex ea causa condẽnari, nisi inquantùm ad eũ peruenit, Neq; hac parte distinctio illa adhibẽda est quam olim adhibebamus, an vnus tãtùm heres sit mulieris an plures, vt is quidẽ qui solus est condemnetur in solidum: si verò plures sint non teneantur singuli nisi inquantum ex hereditate ad eos peruenerit, aut etiam ex rebus ipsis amotis dum tamen omnes per viam hereditatis ad heredes omnes peruenerint. Nam tùm quoque cùm plures non sunt heredes, sed vnus solus, negamus teneri eum in solidum si vel nihil, vel minus ad eum peruenerit. Cùm verò plures sunt, etiamsi res amotæ non omnes ad eos peruenerint, dicimus tamen perinde verum esse quod scriptum est *in d.l.vltim.* teneri singulos in quantum ad eos peruenit, Nullo denique casu heredem mulieris aut heredes teneri in solidum, nisi cùm res amotæ ad eos in solidum peruenerunt, aut cùm ex rebus amotis, postea fortè distractis & venditis locupletiores in solidum facti sunt. Hæc enim separo quasi distincta, quia cùm dicimus rés amotas peruenisse ad heredes in solidum, ponimus eas adhuc extare, quo casu possunt heredes mulieris non tantùm actione rerum amotarum, sed etiam directa rei vindicatione pro qua quisque parte illas possidet cõueniri: Cùm verò dicimus *inquãtùm ex rebus amotis ad heredes peruenit* significamus potiùs Desiisse res amotas extare, nec proinde ipsas ad heredes peruenisse, sed tamẽ aliquatenus locupletiores ex iis, id est ex earũ precio factos heredes fuisse. Idq; non obscurè demonstrat antithesis quæ *in d.l.vlt.* posita est inter actionẽ rerum amotarum & vindicationem, I[illegible] inter res amotas extantes, & eas ex quibus aliquid ad successores peruen[illegible]. Cui nõ dissimiliter Iulianus *in l.sicut autem 52.D.de rei vindicat.* scribit, Cùm possessor ante litem [illegible]

dolo

dolo malo desiit possidere fundum cuius nomine in rem conueniebatur, heredes eius in rem quidem actionem suscipere cogendos non esse, sed in factum actionem quę vindicationis subsidiaria esse solet, aduersus eos reddi debere per quam restituere cogantur quantò locupletes ex ea re facti fuerint. Ex quo intelligimus neque dolum defuncti transire in heredes nisi post litē cum defuncto contestatam, quæ contestatio pro contractu habetur *l.3.§. idem scribit D.de pecul.l.delegare 11.§.1.l.aliam 29.D.de nouat.& deleg.* Neque eandem semper actionem contra heredes competere, quæ aduersus defunctum competebat, nec si iam cum defuncto fuerat instituta, sed plerumque minùs plenam, Interdum tamen etiam pleniorem, vt *in l.4.§. soli autem filio D. quod cum eo qui in alien. potest.l.verum 63.§.patri D.pro socio.l.si ptr imprudentiam 51.§.pen. D.de euic.* At ex proposito minùs plenam: Defunctus enim qui viuens possidebat aut dolo desierat possidere fundum alienum, iure conueniebatur directa rei vindicatione vt eum restituere iuberetur: At heredes eius, qui nec verè possident nec dolo desierunt possidere, licèt ex eo fundo locupletiores facti sint, fortè quod precium ex eius distractione redactum postea factum hereditarium ad eos peruenerit, non eò magis directa vindicatione conueniri possunt, quæ non competit nisi contra verum possessorem, cúmve qui propter dolum suum proprium, habendus sit pro possessore. Sed necessaria est aduersus eos subsidiaria in factum actio per quam cogantur reddere non solidam fundi æstimationem sed in quātum duntaxat locupletiorem & opulentiorem hereditatem eius fundi occasione nacti sunt. In quo elegans differentia obseruanda est inter vindicationem & actionem rerum amotarum, de qua nunc tractamus, quæ cùm sit actio in personam non minùs contra heredes mulieris competit, de eo quod ad ipsos peruenit, etiamsi non possideant res amotas quæ extare desierint, quàm cōtra mulierem ipsam quæ amouit, Nec vlla indiget subsidiaria in factū actione ad improbum illud lucrum heredibus extorquēdum: Quomodo indiget vindicatio quæ cùm in rem sit non nisi contra verum fictúmve rei possessorem exerceri vnquam potest.

ERROR SECVNDVS.

De iureiurando in litem in actione rerum amotarum, quando locum habeat contra mulierem aut eius heredem. Et ad l.6.§.item heres & l.pen. D.rer.amot.

ILLVD non minùs obseruatione dignum est, aliam longéque differētem esse rationem actionis illius rerum amotarum contra heredes competētis, Aliam verò illius quæ contra mulierem ipsam si viueret, exerceri posset, Non in eo solùm, quod vt iam diximus, non competit ea actio contra heredes nisi in quantum ex rebus amotis ad eos peruenit, quæ aduersus mulierem ipsam competeret in solidum, Sed etiam in eo quod cùm iuretur in litem aduersus mulierem si res amotas nolit reddere, attamen cōtra ipsius heredes numquam iuratur, nec si contumaces sint in reddendo eo quod ad ipsos peruenit, quia licèt ea contumacia proprius ipsorum dolus sit, quem vindicari æquum est, præsertim verò in actione arbitraria, Non tamen quilibet dolus rei conuenti etiam in actionibus arbitrariis inducit æquitatem iurisiurādi in litem, cui scilicet non aliter locus est, quàm si per cōtumaciam eius fiat vt actor cogatur carere re sua: quæ sola ratio est quam adferunt Iureconsulti cùm

Digitized by Google

de iureiurãdo in litẽ disputant *d.l.non enim* 9.*D.rer.amot.* *l.si filiofamilias* 25.*§.i. D.solut.matr.l.nec quasi* 70.*cum l.seq.D.de rei vind.l.tutor.*8.*D. de in lit. iurand.* Quod aũt ex rebus amotis puta distractis à muliere peruenit ad heredes precij nomine,mariti nõ est,quia preciũ nõ ex re sed ex negotiatione percipitur *l.vẽditor* 21.*D.de hered.vel act.vẽdit.* Atq; ita accipio quod scriptũ est *in l.*2.*in princ. eo.ill.tit.* iurari in litẽ siue quid nostrũ petamus,siue ad exhibendũ agatur, Scilicet cùm ad exhibendũ agimus ꝓ re nostra vindicanda,vt solet actio illa præparatoria esse vindicationis cuius gratia potissimùm est introducta *l.*1.*D.ad exhib.* Licèt cõpetat etiã ex aliis multis causis, si modò intersit agẽtis *l.*3. *§.sciendũ eod. tit.* Nã cùm ex alia quàm dominij causa interest agẽtis, actio quidẽ ad exhibendũ cõpetit,sed in ea tamẽ non iurabitur in litẽ, nec si dolus malus nõ exhibẽtis interuenire proponatur, quomodo etiã circa furti actionẽ distinguit Papinianus *in l.si vendidero* 80.*in princ.& §.*1.*D.de furt.* Quare nec cõtra mulierẽ ipsam quæ rerũ amotarũ iudicio cõuenitur semper iurabitur in litẽ,sed eo tantùm casu quo amotæ fuerint res quæ propriæ sint viri,nõ quas vir ab alio habebat fortasse pignoris iure aut titulo depositi vel cõmodati, quarũ tamen nomine rerũ amotarũ iudicio perinde agi potest *l.si concubina* 17. *§.vlt.D.rer.amot.* Adeò vt nec aliud dicendũ putẽ si res dotales amotæ fuerint. Et si.n. sunt illæ in bonis viri, ita vt earum nomine non minùs vindicationem habeat si extent, aut condictionem si extare desierint quàm si propriæ eius fuissent *l.ob res amotas* 24. *eod. tit.l.doce* 9.*C.de rei vindic.* Verum tamen est non esse illas proprias mariti *d.l.ob res*,vbi dotales res iis opponuntur quæ propriæ sunt mariti,*l.quamuis* 75.*D.de iur.dot.l.si constante* 24.*§.si maritus in fin.D.solut.matr.* Et consequenter in rebus dotalibus rationem illam deficere,quæ potissimùm facit vt aduersus contumacem iurari in litem oporteat. Nam & cùm per occasionem rerũ dotalium aliquid lucri peruenit ad maritũ,cogitur soluto matrimonio id ipsum mulieri reddere, tum quoque cùm in dotem accepit res æstimatas quarum ille per æstimationẽ factus sit plenè ac verè dominus *l. quoties*.16.*D.de iur. dot.* vbi elegans ratio redditur,*quia non simplex venditio fit sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris. Sufficit enim maritum indemnem præstari, non etiam lucrũ sentire.* Porrò cùm iuratur in litem de æstimatione rei quam non vult possessor reddere, res non fit pluris per hoc, sed contumacia æstimatur vltra rei precium *l.*1.*D. de in lit. iur.* Itaque quod amplius est in iurata quantitate,quàm in iusto rei precio merum iurantis lucrum est, cuius adfectioni hactenus indulgetur. Non ergo permittendum est marito, vt ob res dotales per vxorem amotas iuret in litem, Non tamen quasi esset cogendus maritus actione de dote idipsum mulieri reddere, quod ab ea per iusiurandum in litem extorsisset [pœna enim est si quis condemnetur quanti aduersarius in litem iurauerit, cùm eo modo contumacia puniatur *dict.l.*1.pœnæ autem depensæ repeti non solent *l.pœna* 42. *De condict. indeb.* ideóque nec debitori cogitur restituere creditor pignoratitius, quod ipse ex furti actione præstiterit *l.si pignore* 22. *D.de pignor. act.*] Nec rursus, quòd prohibeatur maritus iudicio rerum amotarum idipsum persequi quod postea iudicio de dote sit mulieri redditurus [illa enim actio damnum repræsentat licèt postea dotis exactio competat, *dict.l.si mulier* 21. *§.rerum amotarum D.rer. amot.*] Sed quoniam nullùm mariti damnum est, si modò iustam rerum amotarum æstimationem consequatur citra iusiurandum in litem, cùm non amplius cogatur iudicio de dote reddere, Actio autem rerum amotarum quæ pro rebus dotalibus competit, damnum duntaxat repræsentat, non etiam

lucrum

lucrũ aliquod marito defert. *d. §. rerũ*, vbi nõ de qualibet actione rerum amotarũ Paulus loquitur, sed de ea sola quæ cõpetit ob res dotales, vt probãt verba illa *etiamsi postea dotis exactio competat*. Extra quam causam si neque dotales, neque omnino alienæ fuerint res quæ amotæ sunt, sed propriæ viri, plenior est actio rerum amotarum, vt non tantùm seruet eum indemnem, sed etiam lucrum ei adferat per iusiurandum in litem: Neque hoc casu repræsentat actio vel damnum, vel lucrum, quia ex eo quod maritus percipit, siue vt indẽnitatem solam, siue vt etiam lucrum sentiat, nihil penitus restituit: quæ tamẽ restituendi necessitas verbo illo repræsentandi significatur. Ad quid ergo condemnabitur mulier quæ res dotales diuortij causa amouit? An ad solam verámq; ipsarum æstimationẽ? Ita est, quemadmodum si res omnino alienas mulier amouisset *d. l. si Eubina 17. §. vlt. eod.* quemadmodum & ex pœnalibus actionibus quæ alioqui dantur ad duplũ mulier non nisi in simplum condẽnatur *l. vlt. D. de seru. corrupt.* At non ad eam tantùm æstimationẽ quæ fuit illo tempore quo res amotæ sunt, sed etiam ad præsentem, si res illæ pluris factę non restituantur, vt euenit in cõdictione rei furtiuæ, inquit Tryphon. *in l. penul. eo.* quia cùm mulier quæ res amouet, veritate furtum faciat vt eadem lex ait, non minùs in re amota, quàm fur quilibet in alia re furtiua singulis momentis facere moram intelligitur *d. l. in re furtiua 8 in fi. & l. vlt. D. de condict. furt.* In eóq; bona comparatio est actionis rerũ amotarum & condictionis furtiuæ, illis scilicet casibus, quibus non magis in litẽ iuratur in actione rerum amotarũ quàm in condictione furtiua, id est cùm res amotæ, nõ viri propriæ sed vel dotales, vel penitus alienę fuerunt. Nã cùm in litẽ iuratur, nõ inquirimus ad quod tẽpus referatur æstimatio, an ad præteritũ, an ad præsens, quia nec verũ precium quæri mus sed quod iuratũ est, nisi quando furti agitur, quo casu iurandũ est, tanti rem fuisse non autẽ tanti nunc esse *l. cùm furti 9. D. de in lit. iur.* nẽpe quia necessariò referẽda æstimatio est ad id tẽpus quo furtũ factũ fuit, vt legitima pœna dupli vel quadrupli certa constituatur *l. in furti 50. l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* Porrò quemadmodũ actio rerũ amotarũ similis est cõdictioni furtiuæ quod ad ineundã rei amotæ æstimationẽ pertinet, illis quoq; casibus, in quibus nõ iuratur in litem, ita similis est actioni furti, cùm datur ob res proprias mariti, hactenus nimirum vt in ea hoc casu in litẽ iuretur, Dissimilis tamẽ in eo, quod nõ ad certũ tẽpus refertur æstimatio, vt in actione furti, sed arbitrio & adfectioni iurãtis relinquitur, quia nõ ob taxandã pœnã aliquã iuratur in actione rerũ amotarũ, quæ scilicet pœnalis nõ est, sed ob hoc tãtùm vt in ea actione cõdẽnatio certa fiat, & quidẽ tãquã in actione arbitraria, in qua quoties iuratur, nõ aliã ob causam iuratur quàm ad puniẽdã eius cõtumaciã qui arbitrio iudicis reddere iussus, noluit parêre, & ideò cõtumaciæ tẽpus inspiciẽdũ esset, potiùs quàm illud quo res amotæ sunt, si iurãdũ esset relata ad certũ tẽpus æstimatione. Itaq; quod *in d. l. pen.* scriptũ est de inspiciendo tẽpore quo res amotæ sunt, vel quo agitur si æstimatio creuerit, i. quãti plurimi res vnquã fuit vt in cõdictione furtiua, itẽq; in actione furti *d. l. inficiando 67. §. infans de furt.* licèt omni casu verũ sit, quia nihil vetat æstimationẽ quãti plurimi cũ iureiurãdo in litẽ cõcurrere, *d. §. infans*, tamen magis pertinet ad eum casum quo in litẽ iurari ob res amotas non possit, hoc est quo non fuerint illæ agentis propriæ: Quo casu de sola & vera earum æstimatione tractandum est quæ aliter probanda sit, quàm per actoris iusiurandum in litẽ: An quòd hoc casu actio rerum amotarum non sit æquè arbitraria? Imò semper & omni casu arbitraria est. Non enim ex eo æstimantur arbitrariæ actiones quod reo non parente arbitrio iudicis condemnatio tanti facienda sit, quanti actor in litem iurauerit,

Digitized by Google

quod malè sensisse videtur Accurs. ad *d. l. si cùm dos §.1.* cùm ait hanc actionem sortiri naturam arbitrariæ, Quasi & in omnibus arbitrariis iuretur, & non in aliis quàm in arbitrariis, quod vtrumque falsum est: Sed ex eo quod si arbitrio iudicis non pareatur, ex bono & æquo condemnationem fieri oporteat *d. §. prætereà. Inst. de action.* Non autem semper bonum & æquum est contumaciam eius qui arbitrio parêre non vult, coerceri iureiurando in litem, sed iis tantùm casibus quibus alioqui futurum esset, vt actor rem suam iusto precio vendere cogeretur: quod tunc euenit, cùm quis agit ad suam rem consequendam. Aliis casibus aliter atque aliter condemnatio fit, prout æquitas suggerere videtur. Interdum enim fit condemnatio ad id quod interest actoris, vt in hypothecaria, & in plerisque interdictis *leg. si inter 21. §. vltim. D. de pignor. l. in interdicto 6. D. vnde vi l. 3. §. vltim. D. vti possid.* In quibus ideò non iuratur in litem, vt probauimus *lib. 16. Coniectur.* Interdum verò sufficit condemnationem fieri ad veram rei æstimationem siue inspecto præcisè certo tempore, siue quanti plurimi vnquam res fuit vt in actione rerum amotarum exemplo condictionis furtiuæ *d. l. penult. D. rer. amot.* Aut ad pœnam aliquam, diuersam tamen à iureiurando in litem puta ad quadruplum, vt in actione Quod metus causa *l. item si cum 14. §. in hac actione & seq. D. quod met. caus.* Apparet igitur ex superioribus meliorem esse condicionem heredũ mulieris quæ res amouit, quàm sit ipsius mulieris, Non in eo solùm, quòd arbitrio iudicis non iubentur res amotas in solidum reddere sed quatenus duntaxat ex iis rebus ad ipsos peruenit, *d. l. vlt. C. rer. amot.* cùm tamen iubeatur mulier omnia reddere quæ amouit, licèt nihil ad ipsam peruenerit *d. l. sed et si 19. in fin. D. eod.* Sed in eo quoque quod cùm aduersus mulierẽ quę mariti res amouit, iuretur in litem si arbitrio iudicis parêre eásq; restituere nolit *d. l. si cùm dos 8. §. 1. & l. seq. eod.* tamen contra ipsius heredes numquam iuratur ex dolo defunctæ, vt neque contra heredem tutoris ex dolo defuncti *l. pen. Cod. de in lit. iurand.* Nec si heredes mulieris nolint reddere id quod ex rebus amotis ad eos peruenit, dum ne sint res ipsæ amotæ quę adhuc extent, quia si fortè sint venditæ quod ex earum precio redactum est, non dominij sed actionis tantùm personalis iure ad maritum pertinet, Ex qua causa, vt diximus, iurari in litem non solet, nisi cùm alia ratio nulla superest rei æstimandæ, vt *in l. in actionibus 5. versic. planè De in lit. iur.* Eodémque sensu accipiendum puto quod scriptum est *in d. l. pen. C. de in lit. iur.* etiam contra heredes tutoris ex proprio eorũ dolo iurari: Nempe si dolum admiserint non in eo quod reddere noluerint ea, quæ ex dolo defuncti ad ipsos peruenerunt, sed in eo quod recusent exhibere instrumenta pupillaria vel ipsa etiam pupilli bona quæ penes se teneant & quorũ exhibendorũ habeant facultatem, Non etiam si dolo malo differant restitutionem eius quantitatis ex qua locupletiores facti sint propter dolum defuncti. Id enim esset iurare in litem pro pecunia, quod numquã permittitur, quia nummorum certa semper est eadémq; æstimatio *l. 3. D. eod.* Supradictis verò nõ obstat vnus ille locus qui & nos ipsos & aduersarios nostros decepit vt eandẽ hac parte rationem constituerimus actionis rerũ amotarum & condictionis furtiuæ, *in d. l. contra nurum 6. § item heres mulieris D. rer. amot.* vbi dicitur heredem mulieris teneri ex causa rerum amotarum sicut ex causa condictionis furtiuæ. Ex quo sicut aduersarij nostri inferũt, Nõ esse igitur dandã in heredem condictionẽ furtiuã in solidum sed de eo tantùm quod ad ipsum peruenit, quia & in actione rerũ amotarũ idem obseruetur, *ex d. l. vlt. C. eod.* Ita nos cõtrario errore inferebamus, Condẽnari debere mulieris heredẽ ex causa rerũ amotarũ non de

eo quod

Digitized by Google

eo quod ad ipsum peruenit sed in solidū, quoniam in cōdictione furtiua ita siue cōstitutū, siue receptū sit *d.l.in cōdictione* 9. *D.de cōdict.furt.* Respōdendū.n.est, hoc tātùm sibi velle Paulū *in d.§.itē heres*, nō quod vulgò creditur, Ad eundem modū teneri heredē in vtraq; actione quod falsissimū est, sed actionem rerū amotarū licèt singulari iure introducta sit nō minùs in locū actionis furti quàm in locū cōdictionis furtiuæ, Nō tamē extingui morte mulieris quomodo actio furti extingueretur, sed etiā post mortē durare exēplo furtiuæ cōdictionis quæ cōtra heredē quoq; competit, etiam furtiua re perempta *l.si pro fure* 7.§.1. *d.l.in cōdictione* 9.*& pass.ill.tit.* Dices fortasse, Nullā tamē fore differentiā inter actionē rerū amotarū & actionē furti, si dicamus, non dari actionē rerū amotarū aduersus heredē nisi de eo quod ad ipsum peruenit, Cùm pœnales quoq; actiones cōtra heredes hactenus trāseant vt lucra turpia eis extorqueātur §.1. *Inst.de pe.pet.& tempor.action.l.in heredē* 5.*D.de calūniat.l.vnic. C.ex delict.defunct.* At respondeo licèt in plerisq; actionibus pœnalibus id verū sit, non tamen esse in omnibus, Inter cæteras autem excipi actiones furti & Vi bonorum raptorū quę contra heredes numquam dantur, ne quidem de eo quod ad ipsos peruenit, Nō quòd furis aut raptoris heredē æquum sit impunè ditari ex scelere defuncti, sed quia sufficit ad indemnitatem eius cui furtum factum est, aut cuius bona vi rapta sunt vt cōtra furis vel raptoris heredem saluam habeat non modò vindicationem si res extent, sed etiam actionem ad exhibendum & condictionem *l.* 1. *D.de priuat delict.l.*2.*§.pen.& vlt.D.vi bonor.rapt.l.furti* 15.*C.de furt.* Quid enim furti actione indiget is qui furtum passus est, vt improbum lucrum furis heredi extorqueat, & id omne quod ad heredē peruenit, cùm per alias actiones possit solidū cōsequi, præsertim verò per condictionē furtiuam suprà etiam quàm ad furis heredem peruenerit? Ex quo intelligimus verba illa quæ apud Vlpianum leguntur *in l.furti* 6.*§.qui alieno De his qui not.infam. vel heres* euidenter esse irreptitia, Cùm heres furis numquam possit furti actione conueniri, Nisi in casu singulari *l.seruus* 14.*eod.ill.tit.* id est in furti actione non pœnali, sed noxali.

ERROR TERTIVS.

De sententia & ratione l.in condictione 9. D.de condict.furt. l.vnic.Cod. ex delict. defunctor. & leg. 7. D. de alien.iudic. mut.caus.fact.

HVIVS legis non tam sententia & interpretatio quàm ratio visa est obscura, iis qui defendunt non minùs contra Vlpianum quàm contra nos, Condictionem furtiuam non in solidum aduersus heredem, sed in id tantùm quod ad ipsum peruenit, dari oportere. Nam cùm negare non possint quod tam apertis verbis Vlpianus expressit, In condictione ex causa furtiua non pro parte quæ peruenit, sed in solidum nos teneri dum soli heredes sumus, Rationem tamen nullam reperiunt propter quam ita sentire ac scribere Vlpianus debuerit, nec dubitant adfirmare, si ea lex non esset, non fore ex prudentibus aut iuris interpretibus omnibus, qui non aliter responderet, Putant enim actionibus omnibus ex delicto descendentibus commune illud esse in heredem dari non debeant nisi in quantum ad eum peruenit nec minus si nudam merámque rei persecutionem contineant vt condictio furtiua,

quàm si vel in totum vel ex parte sint pœnales. Quam sententiam ex proposito contra nos defendit And. Fachineus *lib. 9. Controuers. iur. cap. 5.* motus præcipuè *ex l. vnic. C. ex delict. defunct.* quæ tamen de pœnalibus solùm actionibus loquitur, vt probant exempla illa *qui vim fecit, vel concussionem intulit.* Ex quibus explicandum est quod sequitur *vel aliquid deliquit*, vt scilicet ad similia referatur, nec de actionibus omnibus quæ ex delicto nascuntur, sed de iis solis in quibus de ipso delicto agitur, ac proinde quæ ad pœnam & vindictam pertinent, intelligatur. Aliud enim est agi tantùm de delicto, aliud verò agi de rei persecutione ob delictum aliquod, licèt ea actio instituatur quæ ex delicto pendeat: Aliud quoque agi de delicto, aliud autem agi ex delicto, aut quod idem est occasione delicti. Nam vtrum dicamus actionem ex delicto nasci, an verò delicti occasione nihil certè interest. Omnes actiones quæ de delicto instituuntur, sunt pœnales, cùm non alio fine instituantur, quàm vt delictum puniatur. At non omnes quæ ex delicto nascuntur sunt pœnales, cùm fieri possit vt meram rei persecutionem cõtineant, vel per se & sui natura vt condictio furtiua, Vel arbitrio iudicis vt actio rerum amotarum *l. si cùm dos 8. §. 1. & l. seq.* iunct. *l. si mulier 21. §. hac actio D. rer. amot.* & actio in factum quæ competit ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta *leg. 5. §. vlt. cum duab. legib. seqq. D. ill. tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* Quare non est quod Fachineus nobis obiiciat leges illas, quæ de actione rerum amotarum, & de illa in factum actione loquuntur, quas iam diximus propriam ac separatam habere naturam, omnino differentem à condictione furtiua. Nam cùm sint arbitrariæ, non continent rei persecutionem nisi arbitrio iudicis, id est nisi hactenus, vt ante sententiam iudex datus arbitretur rem reddi & restitui oportere, Non autem vt per sententiam condemnetur reus vi & potestate actionis ad rei restitutionem, quomodo in condictione furtiua condemnatur. Nunquam enim arbitrium, & condemnatio in actionibus arbitrariis de eadem re fiunt, sed quod iudex fieri per suum arbitrium iussit, si non fiat, tunc ad aliam condemnationem ex bono & æquo faciendam decurritur *§. præterea Inst. de action.* Porrò cùm actiones istæ arbitrariæ nascuntur ex delicto, vt eæ, de quibus nunc agimus, necesse est, vt monuimus in præcedentibus, aliter concipi arbitrium boni viri in personam eius qui deliquit, aliter verò in personam heredum ipsius. In personam quidem eius qui deliquit, vt iubeatur solidum reddere, licèt solidi reddendi non habeat facultatem, fortè quòd res ad eum vel nulla ex parte, vel non in solidum peruenerit *leg. sed etsi 19. in fin. D. rer. amot.* Nempe quod fieri nequeat vt non eius dolo factum sit ne res ad eum perueniret cùm ipse deliquerit. In personam verò heredum ipsius, ita vt non iubeantur reddere nisi in quantum ex defuncti dolo & delicto ad eos peruenit, Ne alioqui constituantur successores delictorum defuncti: quæ res faceret vt iisdem etiam pœnis illos subiici oporteret, Quod non modò absurdum & iniquum esset, verùm etiam inhumanum. Nec simile est quod iactari solet heredem quemlibet sicut in omne ius quod defunctus habuit, ita & in ipsius vitia succedere, adeò vt nec sua ignoratione excludat illa, vt loquitur Papinianus *in leg. cùm heres 11. D. de diuers. tempor. præscr.* Intelligi namque id debet de possessionis vitiis quæ possessionem ipsam perpetuò concomitantur, *l. vitia possessionum 11. C. de acquir. poss.* & quæ licèt iure communi non transferatur in heredem ex causa hereditaria priusquàm corporaliter adprehensa sit, *l. cùm heredes 23. in princip. D. de acquir. poss. leg. 1. § Scæuola D. si is qui testam. lib. ess. iuss.* adprehensa tamen transit in heredem cum suis omnibus vitiis, tanquam in vniuersalẽ successorem.

successorem. Sed delictorum alia ratio est, quippe quæ non cohærent possessioni, quamuis interdum ipsam quoque rem & possessionem vicio reali adficiant, vt euenit in rebus furtiuis & amotis *leg. penult. D. rer. amot.* sed insunt personæ à qua separari nullomodo possunt, *leg. si pœna 20. D. de pœn. leg. sancimus 22. Cod. eod.* Proinde quoties conuenitur heres actione aliqua arbitraria quæ ex defuncti delicto proficiscatur, licèt illa rei persecutionem arbitrio iudicis contineat, numquam tamen fieri potest vt in solidum teneatur si non solida res ad eum peruenerit: Quia quod suprà quàm ad eum peruenisset, reddere iuberetur, non res esset, sed pœna, non quidem ex parte actoris, sed ex parte heredis, atque ita fieret heres successor delicti & pœnæ; quorum neutrum admitti potest. Rursum quemadmodum quoduis arbitrium contra heredem latiùs patêre non potest, quàm vt iubeatur id solùm reddere quod ad eum peruenit, ita si contingat vt arbitrio parêre nolit, ideóque ex bono & æquo condemnandus sit, non idcirco in tantum augeri condemnationem oportebit, vt in solidum condemnetur, sed in id solùm condemnandus erit, quod actor sua interesse docebit arbitrio iudicis paritum fuisse. Quæ condemnatio interdum egredietur iustam eius quod peruenit æstimationem si fortè appareat pluris interesse actoris etiã citra iusiurandum in litem, *vt in l. in interdicto 6. D. vnde vi. l. si inter 21. D. de pignor. l. arbitrio* 18. iunctis iis quæ ad locum illum scripsi in Rationalibus *D. de dolo.* Semper verò egredietur, quoties talis erit casus in quo etiam contra heredem ipsum iurari in litem possit, hoc est cùm de vindicando proprio ipsius heredis dolo agetur, & de reddenda ea re quæ sit propria agentis: quæ duo suprà diximus concurrere necessariò debere, vt iusiurandum in litem deferatur ad puniendam rei conuenti contumaciam, nisi cùm ex necessitate defertur. Cur ergo dicimus, inquies, actiones huiusmodi arbitrarias non dari in heredem nisi in quantum ad eum peruenit, cùm vix sit vt non omni casu, in quid aliud, adeóque in plus fiat condemnatio? Respondeo ita factum esse, quoniam actiones arbitrariæ sicut denominationem, ita & potestatem naturámque suam ex iudicis arbitrio sumunt, non ex condemnatione, siue quod aliis actionibus omnibus perinde commune illud sit vt ex iis aliqua sequatur condemnatio, & quidem ex bono & æquo si de bonæ fidei iudiciis non de strictis intelligas *§. in bonæ fidei. Inst. de action.* Siue potiùs, quòd actio arbitraria nulla sine arbitrio esse potest, quippe quod præcedere semper necesse est vt condemnatio sequi possit, At sine condemnatione esse potest, quam scilicet nil necesse est sequi, ne quidem cùm arbitrium præcessit, Nimirũ si arbitrio pareatur: cui arbitrio in cæteris actionibus non arbitrariis nũquam locus esse potest, Vnde fit vt arbitrium iudicis semper mitius sit, condemnatione, & actiones arbitrariæ minus onerosæ reo, qui arbitrio parêre sit paratus: Condemnatio autem in ipsis maximè arbitrariis tantò grauior, quantò magis imputari ei potest, qui maluit contumax esse quàm parêre arbitrio, cùm posset ille parẽdo effugere condẽnationem *l. item si cùm 14. §. in hac actione vers. nec iniquũ & seq. D. quod met. caus.* Atq; ex his petenda interpretatio est eius rationis, quã adfert Caius cùm loquitur de supradicta in factũ actione quæ cõpetit ex edicto De alienatione iudicij mutãdi causa facta *in l. quia pertinet 7. D. ill. tit.* Curatio illa neque in heredẽ competat scilicet in solidum, & suprà quàm ad eum peruenerit, neque post annum *quia pertinet quidem ad rei persecutionem*, inquit, *videtur autem ex delicto dari.* Sensus enim non ille est quem & Fachineus post Cuiacium & alij vulgo putant, vt cùm quæritur an actio aliqua quæ & ex delicto proficiscitur, & rei

persecutionem continet, danda sit in solidum aduersus heredē, magis inspiciendum sit quòd ex delicto detur, quàm quòd rei persecutionē contineat [id enim falsum esse apparet ex eo iure quod in cōdictione furtiua obtinet, quæ licèt nascatur ex delicto, quia tamen per se & sui natura miram rei persecutionem continet datur in solidum etiam cōtra heredem *d.l.si pro fure 7.§.1. d.l.in condictione 9.D.de condict.furt.*] Sed hoc sibi vult Caius, Eam actionem de qua tractat *in d.l.7.* esse quidem non pœnalem sed rei persecutoriam, videlicet arbitrio iudicis vt ex Vlpiano scriptum est *in §.vltim.l.5.eod.tit.* at non eo magis dari posse contra heredem suprà quàm ad eum peruenerit, & in solidū, quia ex delicto datur, non ex contractu. Nam si ex contractu daretur quātumuis esset pœnalis, daretur tamen in solidum contra heredem *l.si hominem 7.§.1.D.deposit.* At quæ nascuntur ex delicto, licèt non sint pœnales sed rei persecutionem contineant, tamen ob hoc ipsum dari non debent in solidum contra heredem, quod eo modo fierent pœnales, quatenus darētur suprà quàm peruenisset, cùm id omne quod excedit, pœna vt diximus non rei persecutio sit, Nimirū quoties actio talis est quæ non sui natura sed arbitrio tantùm iudicis rei persecutionem contineat, Quonā enim vel iuris vel æquitatis colore possit iudex arbitrari, vt plus reddere debeat heres quàm ex defuncti dolo ad eum peruenerit, si non id faciat in pœnam sceleris à defuncto perpetrati? *l.mulier 22.§.sed enim D.ad SC.Trebell.* Cùm autem actio nec pœnalis est vlla ex parte, nec arbitrio iudicis, sed sui natura & per se rei persecutionem continet, cuiusmodi est condictio furtiua, quæ sicut non arbitraria ita neque bonę fidei sed stricta & stricti iuris est, arbitrium iudicis præcedere nullum potest, nec proinde ex æquitate vlla decernendū est quid & quātum aut reus primus, aut ipsius heres præstare debeat, sed ex natura actionis, quæ cùm directò rei persecutionem contineat, vt rectà quoque & nullo intercedente circuitu extorqueat cōdemnationem, non ad aliud dari potest quàm ad hoc vt in solidū condemnetur is qui conuenitur, nec minùs heres quàm defunctus, si modò nulla ex parte actio sit pœnalis, licèt pendeat ex delicto. Non enim quod exigitur suprà quàm ad reum peruenerit, ideò pœna videri potest, cùm actionis vi & potestate id fiat, siue contra furem, siue contra furis heredē agatur: Neque ex persona quæ minùs odiosa sit heredis, condicionem actionis immutari oportet *l.2.§.ex his D.de verbor.obligat.l.2.§.1.D.de pretor.stipulat.* Quæ nec certè immutatur in actione rerum amotarū aliisque eiusmodi actionibus arbitrariis, in quibus punitur mitiùs heres quàm defunctus. Id enim fit non quòd mutetur qualitas & natura actionis ob personā heredis, cùm perpetuò maneat actio arbitraria, Sed ob arbitrij æquitatem quæ alia est cùm aduersus eū qui deliquit, alia verò cum aduersus heredem eius actio exercetur. Æquum siquidē est eum qui deliquit reddere id omne quod amouerit, etiamsi nunc non habeat neque dolo desierit habere, quia nec amouere ab initio debuit *leg. vltim. in fin. D.de cond.furt.* quod in persona heredis æquum non est, qui nihil deliquit, satisque est vt iubeatur reddere quod ad ipsum peruenit, ne ex defuncti scelere locupletetur. Itaq; hoc casu vt & aliis plerisq; arbitrium iudicis quod alioqui condemnationem adferre deberet adfert absolutionem, vt in *d. l.item si cùm §. aliquando D.quod met.caus.* Bona igitur & optima est ratiocinatio illa Vlpiani *in d. l.si pro fure 7.§.1.eod.tit.* vt condictio furtiua non tantùm furē sed etiam furis heredem obliget, id est in solidum, quia rei habet persecutionem licèt nascatur ex delicto. Nec quod æquum videatur hac quoque in re mitiùs puniri heredem furis quàm furem ipsum ad rem facit, cùm in actione stricta nec nisi merā rei persecutionem

Digitized by Google

secutionẽ continente ex vtraq; parte, nullus æquitati locus relinquatur, sed præcisè actionis natura intuenda & tuenda sit contra quemcunque, id est etiam cõtra heredem: cui licèt delictum nullum imputari possit, imputari tamen debet cur furis hereditatem adierit, ideóque nõ debet recusare quominus eam ipsam actionem excipiat quam defunctus excipere cogebatur: Vnde est quod aduersus alium rei furtiuæ possessorẽ, quàm qui furis heres sit, condictio furtiua numquam datur, contra ipsum verò heredem datur etiamsi non possideat *l. 5. eod. tit. §. vltim. Inst. de oblig. quæ ex malefic. nascunt.* Vt intelligamus huiusmodi actione conueniri heredem non tanquam possessorem sed tanquam heredem. Quòd si tanquam heres & conuenitur & condemnatur, quid refert obsecro an solida res furtiua ad eum peruenerit, necne, dummodò in solidum sit heres?

ERROR QVARTVS.

Quantum intersit an conueniatur heres ex hereditaria actione arbitraria, an ex stricta: & an primus heres sit, an secundus.

DICES, Idem quoque in herede mulieris quæ res amouit tractari posse cùm tanquam heres & conueniatur, & condemnetur. Hoc verò est quod nego, Nam in actione rerum amotarũ, vt & in alia qualibet arbitraria conuenitur quidem heres & tenetur ea ipsa actione qua defunctus tenebatur, Nec alio quàm heredis iure, quippe qui non teneretur si heres non esset, Attamen non condemnatur tanquam heres, nec quia heres est si proximam & immediatam condemnationis causam respicias, sed ob propriam suam contumaciam quia noluit arbitrio iudicis obtemperare. Vnde fit vt in actionibus arbitrariis quæ in rem scriptæ sunt, qualis est De eo quod met. caus. possessor quilibet recusans eam rẽ reddere quæ per vim aut metum ablata fuit perinde in quadruplum condemnetur, acsi vim & metum ipse intulisset, quamuis reuera delictum non participauerit, nec heres sit eius, qui vim vel metũ intulit, quia propria eius contumacia non alienus dolus punitur *d. l. item si cùm 14. §. in hac actione vers. nec cuiquam iniquum,* & *§. seq. D. quod met. caus.* Ex quo apparet heredem in actione ista non tam quasi heredẽ quàm quasi extraneum possessorem quemlibet condemnari, & ob id neque cõdemnari vllomodo debere si nihil ad eum peruenerit, neq; supra quàm peruenit, si nõ solidum peruenerit, quia priore casu arbitrium nullum præcedere potest quo iubeatur reddere id quod non habet, licèt heres sit delinquẽtis: Posteriore verò casu non aliud arbitriũ esse debet, quàm vt iubeatur reddere id quod ad ipsum peruenit, nec quicquam amplius. Proinde mirum non est in hoc actionum genere quas arbitrarias appellamus, & quæ ex delicto proficiscuntur, aliter fieri condemnationem contra eum ipsum qui deliquit, aliter verò contra eius heredem qui non tam quasi heres quàm quasi alius quilibet ob propriam cõtumaciam condemnatur, quia arbitrium quod præcedit condemnationem, quódque solùm causam præbet condemnationi aliter cõcipiendum est in personam delinquẽtis, aliter verò in personam heredis qui nil deliquit, Nam & cùm arbitrium redditur in heredem non tanquam in heredem redditur, sed tanquam in extraneum quemlibet in quem reddi tale deberet, etiamsi heres is non esset. Argumentum rei est, quòd si non haberet restituendæ rei facultatẽ nullum contra

eum de re restituenda arbitrium reddi posset, quantumuis heres esset, vt verè dici possit: quod tamen nescio an adhuc quisquam dixerit, Arbitrarias actiones numquam iure hereditario transire in heredem, in eóque differre à cæteris quæ siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris aduersus heredem competunt eo ipso modo quo contra defunctum ipsum competebant, nec aliud quicquam adferre potest absolutionem quàm si heres qui obligationem hereditariam susceperit ei satisfaciat. Quo sensu iudicia omnia dicuntur absolutoria *§. vlt. Inst. de perpet. & temp. act.* In quo tamen obseruandum est quod de herede dicimus de primo tantùm non etiam de secundo, vel de vlteriore herede intelligi oportere. Nam in primo herede exigimus vt aliquid ad eum peruenerit ex ea re cuius nomine defunctus poterat arbitraria actione conueniri, ad hoc vt possit ipse quoque tam eâdem & hereditaria, quàm simili & propria actione teneri. Aliquid enim esse oportet, quod arbitrio iudicis possit iuberi reddere. At in secundo herede aut alio vlteriore, non similiter exigimus vt aliquid ad eum peruenerit, sed sufficit quòd hereditariam obligationem susceperit, si modò aliquid ad primum heredem ex scelere defuncti peruenisse adprobetur *leg. videamus 16. D. quod met. caus.* Itaque tanquam heres condemnatur, non tanquam quilibet. Sed & primi heredis causa in eo deterior est, quàm condicio extranei cuiuslibet quod sufficit aliquid ex scelere defuncti etiam ad primum heredem vel momento vno peruenisse, ad hoc vt arbitrio iudicis possit iuberi reddere id quoque quod nunc non habeat, quia sufficit semel peruenisse ad proximum heredem, & perpetua actio esse cœpit, licèt heres primus id quod ad eum peruenerat consumpserit, Alioqui dicendum erit nec ipsum qui consumpsit quod ad eum peruenit teneri, quod absurdum esset, vt ratiocinatur Paulus *in dict. leg. videamus in fin.* Cùm enim prætor in heredem dat actionem quatenus ad eum peruenit, sufficit si vel momento vno ad eum peruenerit ex dolo defuncti, quemadmodum idem Paulus ait *in leg. cùm Prætor 127. De regul. iur.* At extraneus quilibet, id est qui non est heres delinquentis, numquam ob id solùm conueniri arbitraria actione potest quòd aliquando rem de qua reddenda tractatur, possederit, eiúsque restituendæ habuerit antea facultatem si modò non habeat tempore litis contestatæ nec dolo malo fecerit quominùs haberet, *dict. leg. item si cùm 14. §. aliquando, D. quod met. caus.* Rursum in heredibus delinquentis illud etiam obseruatione dignum est, quod quamuis possit vnus ex iis solus iuberi reddere solidam rem pro qua poterat defunctus in solidum conueniri, si modò solida res illa ad vnum ex pluribus heredibus peruenerit, quia scilicet totius rei restituendæ facultatem habet, perinde ac alius possessor quilibet, nec tam quasi heres, vt diximus, quàm quasi possessor conuenitur, Si tamen ponamus litem cum defuncto fuisse contestatam, non erit conueniendus in solidum, sed tantùm pro qua parte heres est, tametsi rem totam & in solidum solus possideat, *leg. 2. in fin. D. de prætor. stipulat.* Nempe quia litis contestatio fecit vt ab eo tempore defunctus non tam ex delicto quàm ex contractu teneri cœperit, *leg. 3. §. idem scribit. D. de pecul. leg. tam ex contractibus 57. D. de iudic.* Quæ autem ex contractu nascuntur actiones, eas certum est, si nihil aliud impediat transire in heredes pro hereditariis portionibus *leg. 1. 2. & pass. Cod. de hered. action.* non inspecto eo quis quantum possideat, quod tamen inspiciendum necessariò est, cùm possessor qui actione in rem conueniri poterat, decessit pluribus heredibus relictis ante iudicium acceptum *l. si possessor. 55.* vbi hanc

in rem

in rem ponderanda sunt verba illa *ante iudicium acceptum. D. de rei vindi.* Ex eodémque fonte nascitur vt post litem contestatam actiones etiam pœnales & ex delicto descendentes transeant in heredem etiamsi nihil ad eum peruenerit, & vt transeant in plures heredes pro hereditariis portionibus, quamuis ad vnum ex iis vel totum, vel plus quàm ad cæteros peruenerit. Quia nimirum ex die litis contestatæ cœpit defunctus ex contractu esse obligatus, & quidem ex contractu stricto, id est quasi ex stipulatione *d. §. idem scribit l. delegare 11. §. 1. D. de nouat.* ac proinde propria strictique iuris actione non arbitraria. Quæ cùm ita sint quis iam miretur cōdictionem furtiuam, sui natura rei persecutoriam, licèt ex delicto pendeat, cùm tamen stricta sit vt cæteræ condictiones omnes, nec vllius arbitrij æquitatem admittat, dari in solidum cōtra heredem furis non secus ac contra furem ipsum? Nam si dicas non maiore odio dignum esse furis heredem, quàm heredem mulieris, quæ res amouit, cùm illa quoque furtum fecerit, nec magis deliquerit qui furis quàm qui mulieris amotricis hereditatem adierit, Fatebor equidem ita esse, sed negabo fieri ex odio heredum furis vt in solidum & supra quàm ad eos peruenerit teneantur, cùm mera iuris ratio id ius euincat, quando ex actione stricta & hereditaria conueniuntur, Non autem cùm actione arbitraria quomodo heres mulieris quæ res amouit: tunc enim non ad quid defuncta mulier teneretur, inspiciendum est, sed quid heredem ipsius ex æquitate præstare oportere iudex arbitrari tanquam vir bonus debeat, In quo numquam certè continebitur vt plus reddere heres iubendus sit, tametsi ex asse heres proponatur, quàm ex mulieris delicto ad eum peruenerit. In eóque rursus grauiter meo iudicio errant illi qui cùm negare non possint quod tam apertè scriptum est *in d. leg. in condictione 9. D. de condict. furt.* condictionem ex causa furtiua non de eo quod peruenit, sed in solidum aduersus heredem dari, Ne tamen iuris regulam violent, quam ipsi pro arbitrio suo sibi fingunt: Respondent esse hoc speciale in condictione furtiua odio furis, vt & alia quę hæc actio habet specialia, teste Iustiniano *in §. sic itaque. Inst. de action.* Non enim, ait Iustinianus, aliud quicquam specialiter constitutum esse vel receptum in condictione furtiua odio furis nisi vt detur domino, & concurrat cum vindicatione. Repugnarent namque iuris regulæ, quæ non patiuntur dominum intendere dari sibi oportere, cùm is qui iam dominus est, magis dominus fieri non possit, Nisi odium furis ius hoc euicisset; ad hoc vt non modò pluribus, sed etiam contrariis actionibus teneretur. Cæterùm ex aliis omnibus quæ ad naturam huius condictionis pertinent, nihil omnino est quod odio furis tribuere possimus, Si quid enim tale esset, vel illud maximè esse deberet quod in condictione furtiua præstatur æstimatio quanti plurimi vnquam res fuit. Iure valde singulari cùm extra actionem legis Aquiliæ nullo penitus casu æstimatio quanti plurimi debeatur, sed tamen non furis odio hoc fit, sed ex mera iuris ratione illa, quòd fur perpetuò & singulis momentis non tātùm moram facere, sed etiam furtum per continuam rei furtiuæ contrectationem committere intelligatur *l. in re furtiua 8. §. 1. D. de condict. furt. l. inficiando 67. §. infans. D. de furt.* Hoc verò ipsum quoque nec odio furis, sed quia neque rem illam furari primùm, & aufferre, & contrectare inuito domino debuit *l. vlt. D. de condict. furt.* Item quòd condictio furtiua datur soli domino, non fit odio furis, quod facere potiùs deberet, vt etiam non domino dari ea actio contra furem deberet, sed quia solus dominus dignus visus est cuius gratia illud reciperetur, vt furis odio condictio furtiua contra furem daretur, Sufficiente aliis actione furti ad pœnam, & vindicatione ad rem:

consequendam. Quod verò non datur contra tertium possessorem, non fit odio furis, sed ex illa iuris regula quæ domino denegat condictionem, per quam intendat dari sibi rem oportere, Quam regulam violari non oportet in necem eius qui nullo sit odio dignus. Similiter igitur dicamus, quod condictio furtiua datur in solidum contra furis heredem, perinde ac contra furem ipsum, non fieri odio furis, cùm non in eo damnum furis aliquod sit, sed heredis qui porrò nullo dignus est odio cùm non deliquerit, alioquin etiam furti actione teneri deberet, si faciliùs succederet in odium, quàm in delictum defuncti, Sed ex mera iuris ratione, quia hereditaria actio est, cuius onus in se suscepit heres furis hoc ipso, quo hereditatem illius adiit qui eiusmodi actione tenebatur. Non enim quod descendat actio illa ex delicto facere potest, vt eo minùs transeat in heredem, cùm neque famosa sit, neque pœnalis, sed meram rei persecutionem & quidem sui natura, non ex æquitate & arbitrio iudicis contineat. Aliud enim est dari actionem contra heredem ex dolo defuncti, quod fieri potest tum quoque cùm actio meram rei persecutionem continet, eámque ob causam contra heredem etiam in solidum datur, Aliud verò conueniri heredem propter dolum defuncti proximè & immediatè, Quo casu numquam cõuenitur nisi de eo quod peruenit *l. de libertatibus 12. §. 1. D. si quis omiss. caus. testam.* de cuius quoque sententia & ratione in sequentibus dicendum aliquid erit.

ERROR QVINTVS.

De Cuiacij interpretatione ad d. l. in condictione 9. D. de condict. furt. & ad l. 7. §. 1. Depos. l. 2. § vlt. De prator. stipul.

VALDE se torquent vt ad Vlpianum respondeant, qui contra nos defendunt condictionem furtiuam non dari in solidum contra furis heredem, sed solummodò in quantum locupletior factus sit heres ex dolo & delicto defuncti, Nec mirum. Quid enim aliud possit iis contingere qui tam apertam veritatem, non tãtùm Vlpiani authoritate, sed etiam iuris ratione subnixam vltro impugnant? In horum numero primus ac præcipuæ authoritatis Iacobus Cuiacius est qui ausus scribere ad Papinianũ *in l. 5. D. rer. amot.* certo certius esse, quod falso falsius est, heredem furis non nisi ex sua persona & ex propria contrectatione teneri condictione furtiua vltra quàm ad eum peruenerit, Cùm initio professus esset ingenuè vt decebat, nihil se habere quod ad Vlpianum respondere posset, Attamen postea tandem quasi seipso doctior factus tres responsiones attulit. Primã illã, intelligendum esse Vlpianum si lis contestata sit cum defuncto *Ex l. 2. in fi. D. de prator. stipul.* ex qua intelligi etiam vult quod idem Vlpianus scribit *in l. si hominem 7. §. 1. D. depos.* Ex dolo defuncti depositarij dari actionem depositi in solidum contra heredem, Alteram, Si res sit iudicata contra defunctum ex causa condictionis furtiuæ, Tertiam si heres ipse furis rem furtiuam contrectauerit, vt ex propria sua persona teneatur cõdictione, atque ita in solidum, acsi primus ille fur esset, Quas interpretationes omnes etsi vno verbo refellere non esset difficile, quòd prorsus commentitiæ sint, cùm apud Vlpianum nulla penitus mentio fiat neque litis contestatæ, neque rei iudicatæ, nec denique contrectationis per heredem factæ, operæ tamen preciũ est singulas propriis rationibus confu-

confutare. Ac primam quidem, quæ Vlpiani sententiam generalem restringit ad eum casum quo lis cum defuncto contestata sit, Quia si Vlpianum ita sensisse volumus, fateamur necesse est nullam eum differentiam hac parte inter condictionem furtiuam & actionem furti agnouisse: Cùm vel ipso fatente Cuiacio [quis verò negaret?] etiam pœnales & famosæ actiones transeant in heredem post litem contestatam *l. omnes pœnales 26. l. constitutionibus 33. l. sciendum est 58. D. de oblig. & action. l. pœnalia 164. de regul. iur. & aliis sexcentis*, Et tamen negari non potest quin primis illis Vlpiani verbis *in condictione ex causa furtiua* significetur tale ius in condictione furtiua obtinere, quale in actionibus famosis & pœnalibus certè non obtineret. Et verò quonam obsecro colore idem iuris constituatur in ea actione quæ nullomodo sit famosa nec pœnalis, quod constituendum esset si vel pœnam vel infamiam irrogaret? Aut quomodo eiusdem Vlpiani ratiocinationem explicabimus cùm scribit ille *in l. si pro fure 7. §. 1. ill. tit.* Condictionem rei furtiuæ, quia rei habet persecutionem heredem quoque furis obligare, si ad eundem modum tenetur heres ex condictione furtiua, ad quem ex pœnali qualibet actione teneretur? Quod verò addit vir doctissimus, Similiter interpretandum esse quod idem Vlpianus scribit *in l. si hominem 7. §. 1. D. depos.* Heredem depositarij teneri in solidum ex dolo defuncti, Vt scilicet ita verum illud sit, si lis cum depositario fuerit contestata, multò euidentiùs improbabile absurdúmque est, cùm eam suæ sententiæ rationem Vlpianus ibidem afferat, quòd quamquam aliàs ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos peruenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, Ideóque in solidum inquit, vnus heres tenetur, plures verò pro ea parte pro qua heres quisque est. Quid enim aliud facere potest contestatio, nisi vt exinde videatur in contractum transire & ex contractu descendere actio quæ antea tota erat ex delicto? *l. 3. idem scribit D. de pecul. l. iam ex contractibus 57. D. de iudic.* Nam & inde est quod etiam pœnales & famosæ actiones, vt modò dicebamus, lite contestata transeunt in heredem, tanquam quæ à die litis contestatæ non tam ex delicto, quàm ex nouo contractu descendere videantur. Atqui ponimus iam fuisse defunctum ex contractu depositi obligatum. Nihil ergo potest addere contestatio, vt eo magis depositarij heres ex defuncti dolo in solidum teneatur. Tam enim fortis est obligatio & actio quæ ex vno contractu nascitur, ad hoc vt in heredem transire possit in solidum, quàm quæ ex pluribus, si tamen fieri potest vt ex pluribus, præsertim variæ speciei contractibus vna tantùm eadémque numero actio nascatur. Imò si verum amamus, longè plus potest contractus depositi, aliúsve quilibet ad producendam actionem quæ sit transitoria in heredem, quàm litis contestatio, quæ non tam contractus veri, quàm quasi contractus iure censenda est. Id enim est quod interpretes & pragmatici vulgo iactitant, in iudiciis quasi contrahi, quamuis Vlpianus *in dict. §. idem scribit*, sic loquatur, vt dicat, Sicut in stipulatione contrahitur, ita & iudicio contrahi. Quis autem putet, quasi contractum plus posse hac parte quàm contractum verum? Igitur quod Vlpianus noster scripsit tam *in dict. l. in condictione 9. D. de condiction. furt.* quàm *in dict. l. 7. §. 1. depositi*, omnino sic accipiendum est, etiamsi cum defuncto lis contestata non fuerit. Neque verò quicquam est *in l. 2. §. vltim. de prætor. stipulat.* quo moueri Cuiacius debuerit vt contrariam interpretationem sequeretur, Ibi enim tractat Paulus de stipulationibus prætoriis, quæ incertam quantitatem continent, qualis est stipula-

L

tio Iudicatum solui, Rem ratam haberi, & Damni infecti & his similes, In quibus, inquit, respondetur scindi eas in personas heredum promissoris, Non quidem summo iure, quia iuris ratio suaderet potiùs vt ex persona heredum promissoris non posset descendens à defuncto stipulatio diuersam cuiusque condicionē facere *l.2.§.ex his.D.de verb.oblig.* cùm stipulatoris intersit in solidum, Sed ex æquitate prætoria ex qua omnes prætoriæ stipulationes æstimandæ sunt *l.in pretoriis 9.eod tit.de prætor.stipulat.* quòd parum videatur interesse stipulatoris, dummodò quicquid sua interest, à promissoris heredibus consequatur, quod cùm in pecunia consistat, recipit commodā diuisionē, Sicut & cæteræ obligationes merè ciuiles quæ diuidi commodè possunt, diuiduntur inter heredes debitoris pro hereditariis portionibus *l. heredes 25. §.an ea stipulatio D. famil. ercisc.l 1.C.si cert.pet.l.2. & pass. C.de hered. act. l.1. & 2. C.si vnus ex plurib hered. debit.* At in contrarium, inquit Paulus, summa ratione fit non tantùm, vt superiore casu, ex æquitate, vt vno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem eius solam committatur stipulatio. Id enim faciunt verba ipsa stipulationis *Quāti res est* quæ in stipulationibus prætoriis pro eo quod interest accipiuntur. Pluris autē non potest interesse vnius ex heredibus stipulatoris quàm pro qua parte heres est. Tum subiicit Paulus ex Iuliano, Sed si vnus ex heredibus promissoris totam rem possideat, cuius nomine stipulatio interposita fuerat à defuncto in solidum eum damnandum esse, Scilicet non quasi heredem promissoris, neque ex interposita stipulatione, sed tanquam possessorē. Ideò namq; subiungitur illa quæstio, In quantum ex stipulatione tam ipse heres qui totū possidet, quàm fideiussores eius, an omnino non teneantur. Sic enim lego addita negatione quæ prætermissa fuit per inscitiam librarij non repetentis ex præcedente dictione *omnino* duas posteriores literas, quæ repeti superaddita linea debuerūt in hunc modum *omnino non.* Nam quod quidam putant legendum esse *an ex parte an omnino* additis tam multis non modò literis & syllabis, sed etiam dictionibus, præterquàm quod hoc ipso longè minùs probabile est, insulsum planè faciunt Paulum qui in duas partes scissa quæstione, ad neutram tamen earum responderit. Si enim sic erat concepta quæstio, an ex parte, an omnino teneatur promissoris heres, idémque solus possessor, & eius fideiussores ex stipulatione interposita cum defuncto, Alterutrum sanè respondendum erat, Vel ex parte vel omnino eos teneri. At contrà respondet Paulus omnino non teneri, id est nullomodo, ac ne quidem ex parte, cùm ait videndum esse ne non committatur stipulatio. Fuerat igitur hoc ipsum positum in quæstione, An ex parte, an omnino non tenerentur, Et prior quidem pars quæstionis expressa iis verbis *in quantum* quæ & eleganter & concisè non illud tantùm significant quod significarent illa *an ex parte*, sed hoc etiam *pro qua parte*, quæ alia persæpe quæstio est, vt *in l.3.§.heres D.commod.l.si plures 9. D.vnde vi.* Cur verò negat Paulus committi stipulationem, ita vt non solùm fideiussores stipulationis prætoriæ non teneantur, sed neque heres ipse promissoris, tametsi in solidum ille sit condemnandus? Ratio est, quia condemnatur vt dixi tanquam possessor, perindéque condemnandus esset etiamsi nulla stipulatio interposita proponeretur. In quo tamen dubitatio illa occurrit, quòd stipulationes Ratam rem haberi & Damni infecti non modò prætoriæ sunt, sed ex earum prætoriarū numero, quæ cautionales appellātur, Quarum propria natura & condicio illa est, quod actionem priorem nouant, eiúsque naturam induunt & vicem repræsentant, vt pluribus ostendimus *lib.3.Coniect.c.11.ex d.l.1.§.cautionales, D.de prætor.stipulat.* Quænam

nam enim actio alia quàm ex stipulatione potest superesse, ex qua sequatur condemnatio post factam nouationem? Sed respondendum est, Tum quoque cùm per stipulationem nouatio fit, numquam tamen aliter fieri nouationem, quàm si stipulatio committatur *l. si Stichum* 8. *§. si quis ita l. quoties* 14. *D. de nouat.* Et consequenter quamdiu commissa stipulatio non est, tandiu quoque nec factam nouationem intelligi, & pristinam actionem durare, vt ex ea perinde possit sequi condemnatio acsi nulla stipulatio interposita esset. Quamquam dici etiam potest supradicta Pauli verba ad stipulationẽ Iudicatum solui quæ cautionalis non est, nec iudicati actionem nouat *dict. l. si Stichum §. idem Celsus*, non ad alias stipulationes De rato & de damno infecto referenda esse, Cum neque ex causa damni infecti possessor conueniri possit, si nulla stipulatio intercesserit neque soleat cauere de rato is qui possidet, sed vel is qui agit, vel qui possessorem defendit, Quæ omnia diuersa sunt in stipulatione Iudicatum solui: quàm constat aduersus reum eundémque possessorem interponi solere, licèt etiam pro actione in personam locum habeat *l. si petitor* 8. *& l. cùm quærebatur* 13. *in fin. principij & pass. D. rat. rem haber.* Sequitur apud Paulum *sed si lite contestata possessor decesse[r]it, vnum ex heredibus non maiore ex parte damnandum licèt totum fundum possideat quàm ex qua heres est.* Hic verò versiculus est quo abutitur vir doctissimus, vt probet id quod scriptum est *in dict. l. in condictione & in d. l. si hominem §. 1. depos.* heredem furis vel depositarij teneri in solidum, sic accipi debere si lis cum defuncto contestata sit. Parum hercle subtiliter. Non enim Paulus requirit contestationem cum defuncto factam esse vt promissoris heres qui solus sit in solidum conueniatur: qui tamen casus est, quem nos in furis, & depositarij herede tractamus, Sed ad hoc vt qui pro parte tantùm heres est, non nisi pro ea parte conueniri ex stipulatione possit, quamuis solus totum fundum possideat, qui tamen si lis cum defuncto contestata non fuisset in solidum quasi possessor teneretur, non ex stipulatione sed directa rei vindicatione, quæ verò domino contra possessorem quemlibet rectà competit *l. si possessor* 55. *D. de rei vindic.* vbi malè vulgo legitur *quin solidum* pro eo quod legendum est *quin in solidum.* Simili errore illi quem proximè obseruauimus *in d. l. 2. §. vlt. De prætor. stipulat.* cùm ex librarij Florẽtini more scriptum esset *quIN* pro *quin in.* Itaque apud Paulum *in d. §. vltim.* litis contestatio cum defuncto facta, non quo magis sed quominùs heres teneatur, efficit, Cùm tamen velit Cuiacius è contrario facere illam, vt furis vel depositarij heres ex dolo & delicto defuncti teneatur in solidum, qui alioquin ex ipsius sentẽtia non teneretur nisi de eo quod ad ipsum peruenisset. Voluit enim Paulus postremo illo versiculo *d. §. vlt.* subiicere exceptionem ad id quod paullò antè dixerat, Si vnus ex heredibus promissoris totã rem possideat, condemnandum eum esse in solidum, tametsi non sit heres nisi pro parte: Vt scilicet ita demum id obtineat si defunctus idémque possessor cũ quo in rem agebatur, decesserit ante litem contestatam pluribus relictis heredibus, non etiã si post iudiciũ acceptũ. Ergo litis contestatio facit vt non tã noceat vni ex heredibus promissoris, eiusdémq; possessoris, quod totũ fundũ possideat, quàm prodesse ipsi debet quod nõ nisi ꝓ parte heres sit, vt nõ in solidũ tãquã possessor sed pro parte hereditaria tanquã vnus ex heredib. teneatur, Nec tam quasi heres promissoris quatenus promissor, quàm quasi heres possessoris quatenus possessor fuit: Causâ nimirũ possessionis quæ vindicationi instituendę locũ dederat contra possessorẽ, in causam obligationis & quasi cõtractus transfusa per contestationem, quę semel [illegible] cum herede ipsius

Digitized by Google

siue vnus sit, siue plures, facienda non est, ne actum agi, atque ita vel priore vel posteriore iudicio nihil actum esse videatur: Quæ vera rectáque decidendi ratio est ad Paulum *in dict. §. vltim.* Nihil igitur locus ille Pauli pro Cuiacio facit. Nec si, quod magis est, probare quis ex eo velit, Plures furis heredes non teneri singulos nisi pro hereditariis portionibus defuncto fure post litem contestatam. Nam & tùm quoque cùm vnus ex pluribus furis heredibus solidam rem furtiuam possidet, non eo magis fit vt condictione furtiua in solidum conueniri possit, quia licèt ea actio ipsorum corporum condictio sit, non æstimationis *l. in re furtiua 8. D. de condict. furt.* siquidem corpora ipsa furto subtracta sunt, non eorum æstimatio, Attamèn competit aduersus furem, nec minùs aduersus heredes eius etiamsi non possideant *dict. l. si pro fure 7. §. 1. eod. & §. vltim. Inst. de oblig. quæ ex malefic. nascunt.* In eóque commodius plerumque domino est agere contra furem, furisve heredem condictione furtiua, quàm rei vindicatione, quæ numquam datur nisi contra possidentem *l. is qui destinauit 24. l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* Proinde frustra est quærere an vnus ex furis heredibus totam rem furtiuam possideat necne, ad hoc vt sciatur an in solidum an pro parte conueniri possit. Nullo enim casu fieri potest, vt qui pro parte tantùm heres furis est conueniatur in solidum, nec magis cùm totam rem furtiuam possideret, quàm si nihil penitus ex ea possideret, Rursúmque non magis defuncto ante litem contestatam fure, quàm si post contestationem decessisset. Tantùm abest vt necesse sit litem cum defuncto contestatam fuisse, vt qui solus furis heres est condictione furtiua in solidū teneatur: Aut vt verum sit, quod vult Cuiacius non dari condictionem furtiuam in heredē furis nisi de eo quod ad ipsum peruenit. Nam si ita esset, consequens fieret, vt qui ex triente tantùm heres esset, si ad eum dimidia pars rei furtiuæ peruenisset, non pro tertia, sed pro dimidia parte conueniri deberet, vt *in d. l. si plures 9. D. vnde vi. l. vlt. C. rer. amot.* Cùm tamen pro parte heres non nisi pro parte hereditaria omnimodo teneatur, id est siue totum, siue supra partem hereditariā, siue nihil ad eum peruenerit. Sic enim accipiendū est quod scribit Vlp. in postremis verbis *d. l. in condictione.* Porrò quæ ratio iuris facit vt pro parte heres furis, nec nisi pro parte illa hereditaria, nec in quid minus vnquam teneatur, Eadem quoque efficit, vt qui furis heres est in solidum, etiam in solidū furtiua condictione omni casu obligetur siue rem furtiuam totam possideat, siue ex ea nihil, & siue ante, siue post litem contestatam fur decesserit. Dissimilis heredum depositarij ratio est. Etsi enim actio depositi tanquam descendens ex contractu, contra heredem depositarij etiam ex dolo defuncti competit in solidum, Contra plures verò & singulos heredes pro hereditariis portionibus *d. l. si hominem 7. §. 1. D. deposit.* Si tamē vnus ex pluribus illis heredibus totā rem depositam possideat, nec restituat, certū est condemnari eum in solidum debere, Non tā summo iure, & ex causa obligationis hereditariæ quæ per legē duodecim tabularum inter omnes coheredes, vt suprà diximus, pro hereditariis portionib. diuiditur, quàm ex æquitate iudicij quod bonæ fidei est. Exemplo eius quod de actione commodati Vlpianus scribit *in d. l. 3. §. heres eius D. commod.* Heredem quidem eius qui commodatum accepit pro ea duntaxat parte ex qua heres est conueniri, Sed si fortè habeat totius rei restituendæ facultatem nec restituat, tunc eum condemnari in solidum oportere, *Quasi, inquit, hoc boni iudicis arbitrio conueniat.* Iisdem namque iuris regulis hac in re depositi & commodati actiones continentur *l. 1. §. vlt. l. qui rē suā 15. D. depos.* quoniā vtrūq; iudicium bonæ fidei est, & ad rei restitutionē habendam pertinet:

pertinet. Eadem igitur exceptio ad ſupradictam concluſionem adhibenda eſt, quæ adhibetur à Paulo *in dict. l. 2. §. vlt. De prætor. ſtipulat.* Niſi lis cum defuncto fuerit conteſtata, Vt eo caſu ſi ex pluribus depoſitarij heredibus vnus rem depoſitam ſolus poſſideat, non eo magis in ſolidum conueniri poſſit, ſed pro ea tantùm parte pro qua heres eſt, Quaſi ex noua obligatione teneatur, nec tam ex contractu qui bonæ fidei fuit, quàm ex litis conteſtatione, quę ſtipulationi propiùs accedit, ideóq; ſtricti contractus vicem obtinet *d. l. 3. §. idem ſcribit De pecul. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat.* Nec aliud in pluribus commodatarij heredibus obtinere credendum eſt, vt eodem modo & ſub eadem exceptione intelligatur, quod ſcriptum eſt *in d. l. 3. §. heres D. commod.*

ERROR SEXTVS.

De ſententia & ratione l. in depoſiti 9. l. ſi duo 22. & l. 1. §. ſi apud duos D. depoſ. l. cùm ex cauſa 139. De verb. oblig.

HÆc ita ſi depoſitarij vel cõmodatarij heredes ex defuncti facto dolóque conueniantur, non etiam ſi ex proprio. Nam cùm ex rei depoſitæ vel commodatæ interuerſione dolo malo facta furtum committatur *§. furtum autem fit, Inſtit. de oblig. quæ ex malefic. naſcunt.* & idcirco furtiua etiam condictione obligetur quiſquis rei depoſitæ reſtitutionem facere dolo malo recuſat *l. ſi quis inficiatus 13. §. 1. D. depoſit.* Conſequens eſt vt tum quoque cùm depoſiti agitur contra vnũ ex heredibus depoſitarij ob proprium ipſius heredis non ob defuncti dolum, teneri debeat ille in ſolidũ non pro parte, quia æſtimatio referatur ad dolum, quem in ſolidũ coheres ipſe admiſit, Ita vt aduerſus coheredes eius ſi dolo careant, actio depoſiti minimè cõpetat, quẽadmodũ ex Paulo & Iuliano ſcriptũ eſt *in l. in depoſiti 9. & ſeq. eod. tit.* Proinde ſi heredes omnes dolo fecerint, dicendũ eſt ſingulos nõ pro hereditariis portionibus, ſed in ſolidũ conueniri & condemnari debere, Alioqui dicendũ eſſet, Nihil interfore an ex defuncti an ex proprio dolo tenerentur, quod abſurdũ eſſet *d. l. ſi homine 7. §. 1. l. de eo 18. eod.* Qua de cauſa, mihi ſemper valde ſuſpectũ viſum eſt quod ex Marcello ſcriptum video *in l. ſi duo 22. eod.* Si duo heredes rem apud defunctũ depoſitã dolo interuerterint, quodam vtiq; caſu in partem tãtũm eos teneri. Nam imò verò fatendum eſt nullo caſu poſſe in partes teneri eos qui ex proprio dolo conueniuntur, cùm dolus eorũ indiuiſus ſit, licèt ea res in qua dolus admiſſus eſt cõmodam diuiſionẽ recipiat. Itaq; ſi diuiſerint decẽ quæ apud defunctũ depoſita fuerant, & quina ſinguli abſtulerint, quamuis vterq; ſoluẽdo ſit, non eo minùs in ſolidũ ſinguli tenebuntur, quia ſinguli dolo malo in ſolidũ fecerunt licèt res depoſita nõ niſi pro parte ad ſingulos peruenerit. Dolus enim eo modo vindicandus eſt quo admiſſus fuit, Ergo in ſolidum, non pro parte. Et tamen contrà reſpõſum eſt à Marcello ſi Triboniano credimus *in d. l. ſi duo,* Et mala quidem falſáque ratione, *Nec enim,* inquit, *amplius actoris intereſt.* Imò, inquam, intereſt actoris vt in ſolidũ vindicetur dolus, ne in plures aduerſarios, diſtringatur qui & cũ vno contraxerit *l. & ancillarum 27. §. vlt. D. de pecul.* Et ab vno dolum in ſolidum paſſus ſit. Item quia partis ſolutio, magna habet incommoda *l. 3. D. famil. erciſc.* nec fauore vllo dignus eſt is qui dolũ in ſolidum admiſit, vt ei ob perſonã coheredis qui ſoluendo eſt, per condẽnationis diuiſionem

Digitized by Google

subueniatur *l.penult.in fin.D.ad leg.Falcid.* Non magis quàm si coheres vel soluendo non esset, vel dolum malum non admisisset, Quibus casibus nemo negaret in alium coheredem qui & dolo fecisset, & soluendo esset, depositi actionē in solidum dandam esse, *l.nec aduersus 10.D.depos.& d.l.si duo*, in illis verbis *& vterque soluendo est à contr.sens.* Quid enim referre potest ad faciendam meliorem condicionem dolosi coheredis, qui soluendo est, quòd coheredem habeat æquè dolosum, & æquè soluendo? An fortè dolus vnius per concurrentem alterius dolum minuitur? aut eo minùs puniendus est, quod alterius quoque dolus perinde sit puniendus? Nam etsi apud duos sit res deposita, & vterque dolo fecerit, constat aduersus vnumquemque eorum in solidum agi posse, Adeò vt nec liberetur alter ob id solùm quòd cum altero actum sit, quia non electione sed solutione liberantur, inquit Vlpianus *in l.1.§.si apud duos 43.eod.tit.* vbi addit, Proinde si ambo dolo fecerint, ita demùm non conueniendum esse alterum si alter conuentus præstiterit solidum, quod interest actoris, Exemplo duorum tutorum, in quibus ita ius est, vt ex communi dolo non solùm possit vnus in solidum conueniri, sed etiam hoc addito, vt neque mandandæ sint ei actiones aduersus contutorem, neque danda vtilis, quia proprij delicti pœnam subit: Quæ res indignum cum facit & beneficio diuisionis & vt à contutore licèt doli participe quicquam cōsequatur, Nec enim societas vlla maleficiorum, vel communicatio iusta damni ex maleficio est, vt eleganter idem Vlpianus tractat *in l.1.§.planè si ex dolo D.de tutel.& rat.distr. & in l.si ex duobus 15.eod.tit.* vbi ait, Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamuis ob dolum communem, transactionem tamen nil prodesse alteri, Nec immeritò, inquit, cùm vnusquisque doli sui pœnam sufferat. Quamquam si conuentus alter præstitisset, proficeret id quod præstitisset ei qui conuentus non esset. Licèt enim, inquit, doli ambo rei sint, tamen sufficit vnum satisfacere. Et addit *vt in duobus quibus res commodata est, vel deposita, quibúsque mandatum est.* Quòd si ea vis & potestas est communis doli, vt is quoque qui ab initio cum pluribus contraxit, contra singulos tamen in solidum agere possit, licèt omnes soluendo sint [quāuis in tutoribus qui ex sola negligentia ob non administratam tutelam conueniuntur, aliud sit, *l.si plures 38.D.de admin.tutor.*] Quanto magis idem obtinere debet aduersus depositarij vnius heredes plures qui & omnes & singuli dolo malo fecerint? Nam præter supradictam rationem, quæ ex proprio cuiusq; dolo puniendo sumitur, Illa etiam heredibus nocet, quòd obligatio defuncti quæ vnica & indiuidua fuit, actióque ex ea in solidum competitura cōtra defunctum, si quid ipse dolo malo fecisset, non debeat ex personis heredum diuersam cuiusque condictionem facere *d.l.2.§.ex his.De verbor.oblig.d.l.2.§.vlt.De prætor.stipulat.* Neque sanè ratio vnquam vlla est conueniendi heredes pro hereditariis portionibus, atque ita diuidi contra eos actionem quæ in solidum aduersus defunctum competebat, nisi cùm ex causa hereditaria conueniuntur, id est, quomodo loquitur Paulus *in l.sine à certis 17. D. de duob.reis*, cùm hereditas eos obligat, quæ ipsa per legem duodecim tabularum inter coheredes diuiditur *l.1.C.si cert.pet.l.1.& 2.C.si vnus ex plurib.hered.debit.* Atqui cùm ex proprio dolo conueniuntur, non obligat eos hereditas, sed proprius dolus, nec tāquam heredes, sed proprio nomine, ac tanquam dolosi conueniuntur. Non ergo pro hereditariis partibus aut conueniendi aut condemnandi sunt, sed in solidum. At multò absurdius illud est quod subiicitur ex Marcello *in d.l.si duo.* Si depositam lancem duo illi heredes conflauerint, aut ab alio conflari passi sint aliave quæ species

species dolo eorum interuersa fuerit, in solidum quidem conueniri eos posse, acsi seruandam ipsi suscepissent, cùm verum sit & in solidum quemque dolo fecisse,& nisi pro solido restitui rem non posse,sed tamen non absurdè sensurum eum, qui hoc putauerit. Planè id est omnino liberari non posse eum cum quo actum est, nisi integræ rei restitutione, sed nihilominus condemnandum, pro ea tantùm parte pro qua heres extitit si res non restituatur. Hæc enim illius loci sententia est, Malè percepta sanè ab iis qui vulgatam lectionem secuti addito puncto post verbum *putauerit*, nouam sententiam inchoant à verbo *Planè* nullum satis perfectum sensum habituram destituto illo infinitiuo *posse* & sequenti participio futuri temporis *condemnandum tamen*, nec habente verbum à quo regatur. Quemadmodum & in versic. præcedente, *Nec tamen absurdè sentiet qui hoc putauerit* adseruatiua *tamen* nullum satis bonum sensum habere potest si totus ille versiculus ad superioris sententiæ confirmationem adhibitus sit, non vt ei aduersetur. Potiúsque debuerat Marcellus scribere *nec certè*, quàm *nec tamen*. Maximè si vulgatam lectionem sequare in eo quoque quod habet *qui hac putaueris* non quomodo Florentina *qui hoc* quod certè multò rectius est, Refertur enim ad id quod mox sequitur & concluditur ab illis verbis *planè nisi* vsque ad finem legis, vnica constructione, acsi scriptum esset apertiùs, *nec tamen absurdè sentiet qui putauerit, non posse planè liberari eum cum quo actum est, nisi integræ rei restitutione sed tamen si res nō restituatur condemnandum pro qua parte heres extitit*. Et verò etiamsi deessent alia inuestigādi veri argumēta quæ ex Principiis iuris semper petenda sunt, vel vno hoc iudicio possemus assequi, vt non Marcelli qui tersissimus fuit, & politissimus, sed Triboniani manum & eloquētiam hac parte agnosceremus. Nam vti tota lex Triboniano adscribenda sit non dubito, cùm non possit adscribi Marcello quin is manifestissimæ inscitiæ iurisque imperitiæ arguatur. Quid enim absurdius quàm distinguere, an res deposita diuisibilis fuerit, an indiuisibilis, vt sciatur an singuli heredes in solidum teneri debeant, an pro partibus tantùm hereditariis, cùm per dolum communem & indiuisibilem singuli rem depositam in solidum contrectarunt interuertendæ possessionis gratia, id est animo furandi? Nam quod Accursius à Triboniano deceptus adfert huius distinctionis probandæ gratia ex Paulo *in l. in deposito 9. eod.* & ex Tryphonino *in l. tres tutores* 55. *vers. planè si pecunia. De admin. tutor.* Omnino ad rem non pertinet, Etenim Paulus *in d. §. l. in deposito*, generaliter & indistinctè scribit, quod nos defendimus, Multum interesse an aduersus vnum ex pluribus depositarij heredibus agatur depositi ex facto defuncti, An verò ex suo delicto, vt priore casu teneatur ille pro parte hereditaria, Posteriore autem in solidum quia æstimatio referenda sit ad dolum quem in solidum ipse heres admisit. Quamquam ibidem Accursius erroris sui memor, verba illa *pro parte non ago* miserè destruit, notando *scilicet in solidum*, cùm notare potiùs debuisset *sed in solidum*, Siquidem necesse est vt quisquis agit si pro parte non agat, in solidum agere debeat. Quod & subiecta illa ratio demonstrat *meritò quia æstimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse heres admisit*. Tryphoninus verò *in d. l. tres tutores*, negat quidem teneri in solidū tutores singulos inter quos numerata pecunia pupilli distributa fuit, sed in eam tantum summam quam eorum quisque acceperit, At non loquitur de tutoribus qui pupillaris pecuniæ intercipiendæ gratia eam inter se diuiserint, sed qui eo tantùm animo vt pecuniam illam pupillarem separatim administra-

Digitized by Google

rent. Nam de tutoribus qui rem pupillarem furati sint subinde tractat, neq; dubitat, quin ex ea actione quæ per legem duodecim tabularum aduersus tutorem specialiter in simplũ proponitur singuli ex dolo communi in solidum teneantur, *d.l.1.§.planè si ex dolo D.de tutel.& ration.distr.* Sed tantùm negat postquàm vnus solidum præstiterit nihilominùs etiam alios teneri: quamuis in diuersis furibus qui tutores non essent ita contingeret, vt non esset propter eà cæteris pœnæ deprecatio quòd ea iam ab alio exacta esset. Diuersitatis enim ratio non obscura & perelegans illa est quam idem Tryphoninus adfert, quòd tutores licèt patrimonij pupillaris intercipiendi animum habeant, verè tamen fures non sunt, quia propter commissam administrationem [sic enim malo, quàm vt vulgò *admissam.*] non tam inuito domino contrectare rem videntur, quàm perfidè agere. Quæ ratio fuit inducendæ contra eos per legem duodecim tabularũ specialis actionis illius quæ *Rationibus distrahendis* appellatur, de qua *in dict. Tit. De tutel. & Rat. distr.* cùm furti actio competere non posse videretur. Cæterùm in eo similes sunt plures tutores pluribus furibus, pluribúsque depositariis communi dolo in re deposita versantibus, quòd singuli in solidum & conueniendi sunt & condemnandi. Dissimiles autem furibus, non etiam depositariis in eo quod vno satisfaciente cæteri omnes liberantur *d.l. si ex duobus 15. eod. ill. tit. De tutel.& ration.distr.* Rursum quod additur *in dict. l. si duo, vers. quod si lancem,* Posse in solidum conueniri singulos depositarij heredes cùm deposita fuit species, quæ ipsorum dolo interuersa sit, *ac si ipsi seruandam suscepissent*, Quidni etiam locum habeat deposita pecunia, vel qualibet alia re diuisibili? Etsi enim illa inter hos casus differentia est quam obseruat Accursius, quod qui seruandum depositum susceperunt, ipsi contraxerunt, Non etiam qui ob id solùm conueniuntur, quòd depositario successerint heredésque extiterint, Effectu tamen ipso verum est tam hos quàm illos ex contractu teneri: hac sola differentia quòd qui contraxerunt tenentur ex proprio contractu, Heredes verò ex contractu defuncti, Quæ differentia facere sanè debet vt non nisi pro partibus teneantur si quemadmodum ex defuncti contractu ita & ex ipsius dolo conueniantur *dict.l.si hominem 7.§.1.eod.tit.* Sed cùm ex proprio dolo conueniuntur, nulla iuris aut æquitatis ratio facere potest vt melioris condicionis ob id tantùm esse debeant quòd non ipsi contraxerint, sed in defuncti contractum successerint quàm si illi ipsi contraxissent. Quinimo tantò deterioris quantò facilius est vt in plures partes diuidatur actio ex contractu qui ab initio cum pluribus personis initus fuit, quàm vt ob multiplicatas heredum personas scindatur actio nata ex eo contractu qui vnam tantùm personam indiuiduo iure & in solidum ab initio tenuit obligatam. Cùm ergo in pluribus, qui rem depositam seruandam susceperunt non distinguatur an res illa diuisibilis sit necne si vniuscuiusque fidem in solidum secutus est is, qui deposuit, vt *in l. eandem 9. D. de duob.reis.* Cur distinguemus in pluribus depositarij vnius heredibus? Aut quid vetat etiam pecuniam numeratam deponi per modum, vt loquuntur, speciei, vt vnius rei, eiusdémque indiuiduæ iure censeatur, puta si deposita sit in cista vel in sacculo obsignato, vt *in l.1.§.si cista l.si sacculum 29.eod.tit.* Denique an eo minùs verum est vnumquemque ex heredibus depositarij dolo in solidum fecisse, quòd res deposita diuidi possit? Sed & ratio illa quæ sequitur *in d.l.si duo, & nisi pro solido res non potest restitui,* præter id quod parum eleganter concepta est, an non perinde locum habet siue diuisibilis, siue indiuisibilis sit ea res quæ deposita fuit? Quis.n. dicat depositis centũ aureis liberari depositarium pro dimidia,

midia, si paratus sit reddere quinquaginta, nec velit is qui deposuit, accipere? Cur non dicamus cogendum depositarium integra centũ reddere, perinde ac si speciem aliquam in depositum accepisset? Nam nec alia ratio est propter quam non liberatur depositarius aut commodatarius qui rem deteriorem reddit, nisi quia non integram reddit sed ex parte diminutam *l.3. §.1. D.commod. l.1. §.si res deposita 16. D.depos.* Idq; est quod vulgo dicitur cõtractus omnes indiuiduos esse *l.cum ex causa 139. D.de verb.oblig. l.rem hereditariam 65. D.de euict. l.si ita stipulatio 39. §.1. de oper.libert.* quia iis satisfaciendum est in totum vt liberatio aliqua vel ex parte possit contingere, Præsertim verò cùm obligatus quis est ad faciẽdum *l.stipulationes non diuiduntur 72. D.de verb.obligat.* quomodo sunt obligati omnes illi, qui tenentur ad restituendum, In quo numero sunt depositarius, commodatarius, & similes.

ERROR SEPTIMVS.

Quantum distet inter plures heredes venditoris conuentos de euictione, & plures heredes depositary dolosos, Et refutatus Accursius ad d.l.si duo 22. D.depos.

ILLVD verò suprà quàm dici possit, improbabile adeóq; ineptũ est, quod *in d.l.si duo* Tribonianus subiicit non absurdum fore si quis putauerit, Tùm quoque cùm species aliqua indiuidua deposita est, quæ pro solido præstari non possit, & quam tamen plures vnius depositarij heredes communi dolo malo interuerterint, Non aliter quidẽ liberari posse eum cũ quo depositi actũ est quàm si res integra restituatur, sed tamen si ea restitutio rei integræ nõ fiat, non esse condemnandũ illum nisi pro qua parte heres extitit. Nã præterquàm quòd videntur esse ista, & reuera sunt pugnantia, vt non possit liberari vnus ex heredibus nisi integræ rei restitutione, & tamen ob rẽ non restitutam integram condemnandus tantùm sit pro parte, Cùm non debeat angustior esse cõdemnatio, quàm actio, nec actio quàm obligatio, Quæro quonam igitur casu fieri vnquam possit vt vnus ex pluribus depositarij heredibus in solidum teneatur, si ne tum quidem tenetur cum dolo malo in solidum admisso interuertit possessionẽ rei depositæ, quæ nisi solida præstari & restitui non possit? Aut quid intererit an res deposita, in qua interuertenda dolus malus admissus fuit diuidua sit an indiuidua, si vtroque casu non nisi pro hereditariis partibus singuli sunt condẽnand.? Nam si respondeas, Posse in eo esse differentiam quod cùm res diuidi potest, in partes singuli tenentur, & cõueniendi sunt, Cùm verò diuidi non potest, cõueniri possunt in solidum, licèt non condẽnari nisi pro parte: Replicabo differẽtiam hanc fore sine effectu, cùm totus actionis effectus in condẽnatione consistat: quemadmodũ & effectus condẽnationis in exactione. Fefellit Tribonianũ quod vidit plerisq; casibus ita contingere vt solidum quidem petatur, sed tamen partis solutio adferat liberationem, sicuti *in l. in executione 85. vers. in solidum D.de verb.oblig.* vbi exemplum adfertur, cùm ex causa euictionis intendimus. Nam auctoris heredes, inquit lex, in solidum denunciandi sunt, omnésq; debent subsistere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur, Sed vnicuiq; pro parte hereditaria pręstatio iniũgitur. Verùm animaduertere Tribonianus debuit lõgè dissimilẽ esse casum illum, de quo *in d.l.si duo*, id est de pluribus heredibus depositarij qui omnes dolo malo in solidũ inter-

Digitized by Google

uerterint rem depositam, quos idcirco nõ causa hereditaria, sed propriùs dolus reddit obnoxios non minus condemnationi in solidum patiendæ, quàm actioni in solidũ excipiendæ. Tũ verò in causa euictionis aliud petitur, aliud verò præstatur, & soluitur. Petitur enim vt auctoris heredes rem, quæ euincitur defendãt *l. si plus* 74. *§. mota D. de euict.* quod cùm facti sit, indiuiduum est: quia nõ potest defendi res pro parte cùm emptor non fuerit partem empturus *l. tutor* 47. *D. de minor. l. si quis aliam* 46. *D. de solut. l.* 4. *§. vlt. in d. l. cùm ex causa* 139. *D. de verb. oblig.* Præstatur verò id quod actoris interest, vel duplũ ex stipulatione si res nõ defendatur *l. si in vinditione* 60. *l. euicta re* 70. *D. de euict.* vt in omnibus faciendi obligationibus *l. si quis ab alio* 13. *§.* 1. *D. de re iudic.* Id verò cùm in pecunia numerata consistat, recipit commodam diuisionẽ, quam inter heredes fieri in ipsa etiam cõdemnatione nihil prohibet, cùm nullus iis dolus nulláq; culpa imputari possit. At in depositi actione, sicuti restitutio sola & solida rei depositæ est in petitione, & quidem in solidum, ita & in condemnatione esse debet solida æstimatio rei depositæ facienda etiam per iusiurandum in litem, vt contumacia & perfidia condemnati vltra iustum rei precium æstimetur, *l.* 1. *§. an depositi & l. ei apud quem* 5. *D. depos. l.* 1. *l. in actionibus* 5. *D. de in lit. iur.* Ideóque suprà diximus esse ista pugnantia quæ tamen quasi compatibilia ponuntur *in d. l. si duo*, Vt is ex depositarij heredibus, cum quo solo depositi actum est in solidum, non liberetur, nisi integræ rei restitutione, & tamen non condemnetur, nisi pro sua parte ad rem restituendam. Quid enim si solus ille conueniatur, siue quòd eum eligere actor maluerit, siue quòd coheres eius nihil dolo fecerit, vt in *l. nec aduersus* 10. *D. deposit.* Quis aliam partem præstabit? Quam tamen omnino præstandam esse fatetur Tribonianus, vt ei qui in solidum & conuentus est & conueniri potuit liberatio contingere possit, etiam pro parte ipsius hereditaria. Enimuerò non pugnant illa, Vt ex pluribus venditoris heredibus singuli conueniantur in solidum ad rem defendendam, Et nihilominùs pro sua tantùm quisque parte hereditaria euictionem præstare condemnetur. Imò nec secum pugnabit qui dixerit, singulos venditoris heredes & in solidum conueniendos vt rem defendant, Et tamen non nisi pro partibus hereditariis etiam ad rem differendam condemnandos: quia cùm omnes & singuli in solidum denunciandi sint, & necessariò conueniendi, Omnes quoque necessariò condemnandi sunt, & quidem in solidam euictionis quantitatem vt actori in solidum satisfiat, Sed non ideò singuli in solidum condemnandi. Tam enim satisfit actori omnibus in hereditarias portiones condemnatis, quàm si singuli in solidum condemnarentur, cùm æquè illo casu actor totum consequatur. Itaque solidum non à singulis sed ab omnibus & singulis petitur, non vt singuli in solidum rem defendere cogantur [alioqui sufficeret quosdam ex heredibus in solidum conueniri, vt euenit pluribus factis reis promittendi *l.* 2. *l.* 3. *§.* 1. *D. de duob. reis* quod tamen non ita est] sed vt intelligant & posse se liberari si res in solidum defendatur ab omnibus simul, licèt non à singulis nisi pro parte hereditaria. Et è contrario non posse se liberari ne quidem pro parte, nisi vel omnes in re solida defendenda consentiant, vel vno defugiente alius qui liberari vult, in solidum rem defendat: Denique defensio rei venditæ indiuidua est ex persona actoris cui solida indemnitas debetur, Sed non ex parte heredum venditoris, qui eam indemnitatem omnes quidem debent simul in solidum, sed non singuli separatim, quia obligatio hereditaria est, ideóque inter heredes pro hereditariis portionibus diuidenda, dum ne ex ea diuisione præiudicium vllum actori fiat:

quod

Digitized by Google

quod sanè nullum fit cùm rei defendendæ necessitas per condemnationem omnibus pro hereditaria cuique portione iniungitur, si modò omnibus iniungatur, vt hoc ipso in solidum iniunctam eam esse appareat. Quæ omnia in pluribus depositarij heredibus diuersa sunt. Neque enim omnes necessariò conueniendi sunt, nec si omnes dolo fecerint, sed est in potestate actoris quem ex pluribus dolosis conuenire velit, Aut si vnus tantùm dolo fecerit alius conueniri nullomodo potest *d.l.1.§.si apud duos d.l.in depositi 9. & seq. D. depos.* quia non hereditaria est obligatio quæ per legem duodecim tabularum simul cum hereditate diuidi potuerit, sed ex heredum dolo siue proprio, siue communi nata post constitutas à lege diuisásque portiones hereditarias. Proinde admittendum est in ea specie singulos heredes in solidum & conueniri posse & condemnari debere, tùm quoque cùm omnes simul conueniuntur, puta quòd omnes dolum admiserint, & contra omnes & singulos in solidum agere malit actor, quàm vnum ex pluribus eligere. Alioqui dolus in solidum admissus ab eo qui in solidum conuentus esset, non in solidum vindicaretur, posséteque facilè actoris damno res cedere, si fortè non omnes heredes dolum participasse probarentur, Cùm ex vnius dolo alterum conueniri non posse certum sit. Itaque si ratiocinatio bona est, qua Venuleius vtitur *in d.l.cùm ex causa*, cùm ait, Ideò vnicuiq; ex heredibus venditoris præstationem pro hereditaria parte incumbere, quod vno ex iis defugiente omnes defugisse videantur, & idcirco omnes teneantur, Consequens est Marcellum *in d.l.si duo*, sic in contrarium argumentari debuisse, vt si plures vnius depositarij heredes dolo fecerint in re deposita interuertẽda, possit vnusquisque ex iis in solidum & conueniri & condemnari, nõ autem pro hereditaria tantùm portione, quia ex vnius dolo cæteri non tenentur, nec proinde vnicuique pro parte hereditaria, præstatio & condemnatio irrogari potest. Quod cùm nemo sit, qui nõ cogatur fateri eo saltem casu, quo vnus tantùm ex depositarij heredibus dolum admiserit, *Ex d l.nec aduersus 10. Deposit.* Planè nõ video cur aliud dicendũ quis putet illo etiam casu quo heredes omnes dolo fecerint: Quasi verò ob id minùs in dolo sit vnus, quòd alius quoque in dolo sit. Ita namque fieret vt alienus dolus in alterius æquè dolosi præmium verteretur: quod absurdum esse ait Vlpian. *in l.item si cum 14.§.aliquando in fin. D.quod met. caus.* Neque verò Tribonianus *in d.l.si duo*, negat vnumquemque ex heredibus depositarij dolo in solidum fecisse, imò adfirmat negari hoc non posse, illis verbis, *nam certè verum est in solidum quemque dolo fecisse.* Præsertim deposita re indiuidua, vt lance *l.2.§.1. D.de verb.oblig.* Quanquã non eo minùs indiuisa est natura depositi quòd res deposita diuidua sit, vt suprà diximus cùm hanc Triboniani, & Accursij distinctionem refutauimus. Denique cùm nec Tribonianus ipse neget, eo saltem casu quo res indiuidua deposita sit penes defunctum, & ab ipsius heredibus dolo malo in solidum interuersa perinde habendos depositarij heredes acsi rem illam ipsi ab initio seruandam accepissent. An non apertè falsum est quod tandem concludit, Non esse tamen condemnandum eum quo cum solo actum est, nisi pro qua parte heres extitit? Nam & in duobus depositariis qui correi debendi ex causa depositi facti essent, falsum id esset *d. l. 1. §. si apud duos D. depòsit. l. eandem rem 9. D. de duob. reis.* Etsi non ignoro Accursium *in d. §. si apud duos*, in ea esse hæresi, vt putet, Etiam plures depositarios teneri tantùm in viriles nisi contrà expressè actum sit, vt in solidum teneantur. Quod apertè pugnat *cum dict. §. si apud duos, & dict. l. eandem,* adeoque *cum dict. leg. si duo.* in illo loco, *in solidum conueniri poterunt:*

Digitized by Google

acsi ipsi seruandam suscepissent. Etenim quod Accursius respondet esse id casuale, id est speciale in casu illius legis propterea quòd res deposita interuersa dolo malo fuisset, omnino ad rem nō pertinet, quia quòd lex ponit interuersam rem depositam communi dolo malo heredum depositarij, facit quidem vt quamuis conueniantur actione depositi hereditaria, perinde tamen teneri & cōdemnari debeant, acsi rem seruandam illi ipsi proprio contractu suscepissent, id est in solidum qui non nisi pro parte quisque hereditaria conueniri possent si ex cōtractu dolóque defuncti vrgerentur: Sed non facit vt qui rem depositam ipsi susceperunt in solidum singuli teneantur, quoniam sufficit in eam rem natura depositi & qualitas obligationis, quæ indiuidua est, nisi conuenerit vt in viriles singuli teneantur. Nec dolus alterutrius depositarij, multominùs vtriusque necessarius est vt in solidum agi possit depositi, sed ad hoc tàtùm vt depositi agi possit, in quam actionē solus venit dolus, siue illius cum quo agitur, siue defuncti à quo ipse causam habeat: Proinde sufficit vel vnū fecisse dolo, ad hoc vt non modò actione depositi, sed etiam in solidum teneatur, Ne si non condemnetur nisi pro parte is qui solus condemnari potest, maneat in damno is qui deposuit, qui pro alia parte actionem habiturus sit contra neminem *d. §. si apud duos.* Quod verò idē Accursius pro ratione adfert, Illo quoq; casu quo heredes illius qui depositum acceperat, siue omnes, siue non omnes dolum admiserint primæuā tamen, & vt ipse loquitur, primordialem causam inspiciendam esse quæ descendit ex contractu defuncti, parum subtile est. Non enim qui dolum admiserunt ideò conueniūtur depositi, quòd sint heredes depositarij, sed quòd in re deposita malè ac dolo malo versati fuerint, quippe qui etiamsi heredes essent, nullatenus tamen tenerentur, si dolum nullū admisissent. Itaque tenentur immediatè ex proprio dolo, licèt per occasionem hereditatis, quæ si à depositario ad eos deuoluta non fuisset, dolum ipsi admittere in re deposita minimè potuissent: ob ídque indigni certè sunt quibus ex æquitate succurratur, cùm deliquerint *l. 1. §. planè si ex dolo l. si ex duobus 15. D. de tutel. & rat. distr. l. penult. D. ad SC. Trebell.* Nec ferendum est quod addit idem Accursius, Esse illos leuiùs puniendos si ob proprium illum dolum actione depositi conueniantur, quàm si furtiua cōdictione, ex qua non dubitat ille quin possint heredes singuli in solidum conueniri. Nihil enim hac parte potest interesse an hæc an illa actio contra ipsos instituatur, cùm vtraque dolum ipsorum pro causa habeat. Neque quod depositi actio trahat originem à contractu defuncti fauorabiliorem ipsorum causam facere potest, quàm si ex defuncti furto delictóque nasceretur: Imò potiùs duriorem in eo quòd si ex delicto nasceretur, non daretur contra heredem in solidū nec cōtra heredes pro hereditariis portionibus ob dolum defuncti, quomodo datur ob hoc ipsum quia nascitur ex contractu *l. si hominem 7. §. datur D. depos.* Cùm ergo furtiua condictio quæ ex delicto nascitur danda sit cōtra furis heredes singulos etiam in solidum, nec tantùm pro hereditariis portionibus si non ex defuncti dolo sed ex proprio suo conueniantur, vt Accursius ipse fatetur, & verè, quia negari non potest quin hoc casu singuli dolum fecerint, Cur potiùs dicamus depositarij heredes qui rem depositam adeóque indiuiduam dolo malo interuerterint, nō teneri singulos in solidum sed tantùm pro hereditaria quemq; portione? An ob id fortasse mitiùs cum iis agendum erit quòd non sint furis heredes, cùm ipsi tamen sint fures? An non verò è cōtrario melior esse deberet cōdicio heredum furis etiāsi fures ipsi essent, quod non primi sed secundi fures dici deberent, nec tam fecisse furtum nouum quàm illud ipsum cōtinuasse quod à defuncto

defuncto factum fuerat? Nec enim noua contrectatio nouum furtum facit, sed vnum tantummodò furtum esse intelligitur, *l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* Denique cùm depositarij vnius heredes plures qui dolum malum in re deposita admiserunt teneantur & actione depositi descendente ex contractu defuncti, & ob proprium dolum, Cur non in solidum singuli conueniri & teneri debeāt, multò magis quàm si vel ex dolo suo duntaxat citra cōtractum, Vel ex dolo suo & ex delicto defuncti non ex contractu ipsius conuenirentur? In summa cùm etiam rei depositæ nomine condictio furtiua competat, & cum actione depositi concurrat, siue depositarius ipse siue heredes eius dolo versati sint in re deposita *l si quis 13. §. 1. D. depos.* non potest melior esse condicio depositarij, aut heredum ipsius cùm actione depositi quàm cùm furtiua condictione conueniuntur, siue ex proprio siue ex alieno dolo, támque facile & conueniens est vt singuli ex dolo proprio teneantur in solidū cōdictione furtiua, quàm vt actione depositi.

ERROR OCTAVVS.

De aliis Cuiacij & aliorum interpretationibus. Add. l. 9. D. de cond. furt.

EX tribus interpretationibus quas à viro doctissimo Iacobo Cuiacio adferri suprà diximus, vt suam illam sententiam De furtiua condictione non in solidum sed de eo tantùm quod peruenit aduersus furis heredem danda tueatur inuito Vlpiano *in d. l. 9. D. de condict. furt.* primam duntaxat hucusque refutauimus quæ illa erat, vt Vlpianus ad eum casum restringeretur, quo lis cum fure defuncto contestata esset. Reliquas duas nunc refutabimus, Tantò facilius quantò sunt improbabiliores. Et illa primùm quæ habet, intelligendum esse Vlpianum de illo casu quo lis fuerit non solùm contestata cum fure ipso, sed etiam aduersus ipsum iudicata. Nam præter id quod nulla rei indicatæ mentio fit apud Vlpianū vt neque litis contestatę, Illud etiam certum est non maioris esse potestatis sententiam & condemnationem quàm litis contestationem ad transferendam in heredes actionem quæ alioqui morte esset peritura *l. omnes pœnales 27. l. constitutionibus 33 l. sciendum est 58. D. de oblig. & action. l. aliam 29 D. de nouat.* Contestatio enim illa est non condemnatio quæ contractus vim obtinet, facitque vt actiones etiam pœnales & ex mero delicto descendentes, quasi ex cōtractu descendere videantur à quo die lis contestata est, vt in superioribus docuimus ex *l. 3. §. idem scribit D. de pecul. l. tam ex contractibus 57. D. de iudic. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat.* Quamquam fatendum est nec minorem potestatem esse condemnationis, quàm contestationis, ad obligandos heredes condemnati, Siquidem cōdemnatio nouat actionem ipsam quæ fuerat in iudicium deducta siue ex cōtractu siue ex delicto esset, trāsfunditque in seipsam *l. vlt C. de vsur. rei iudic. l. si fundus 16. §. si pluris D. de pign. or.* Nec quisquam dubitat quin ex sententia contra defunctum lata heredes obligentur, vt ex qualibet alia causa hereditaria. Idque ideò certum est, vt ridiculum facturus sit Vlpianum quisquis cum Cuiacio dixerit nihil aliud monere illum voluisse *in d. l. in condictione 9. D. de condict. furt.* nisi quod fure iam conuento, & condemnato ex causa condictionis furtiuæ, heres ipsius si solus sit, in solidū, si verò plures sint heredes, vnusquisq; pro ea parte pro qua heres est teneatur. Quo tamē verbo cùm nō aliud significetur, quàm

vt heres conueniri & condemnari possit, & quidem ex causa condictionis furtiuæ, intelligimus, non de illo casu tractare Vlpianũ, quo fur iam conuentus fuerit & condemnatus, sed quo & conueniendus fuerit & condemnandus eo tempore, quo decessit. Alioqui cùm per iudicatum fiat actionis nouatio, vt diximus, non de illo quærendum esset post mortem furis condemnati, An heredes furis & inquantum tenerentur ex causa condictionis furtiuæ, sed an & inquantum ex iudicato, quia posteaquàm iudicatum est, non amplius de causa quæ condemnationem extorsit tractandum est, sed de illo tantùm, Quid iudicatum fuerit, & in condemnationem deductum. Quod verò ad postremam eiusdem Cuiacij interpretationem attinet, quæ ponit fuisse rem furtiuam contrectatam à furis heredibus post mortem ipsius, Non solùm prorsus commentitia ea est, vt aliæ duæ superiores, sed etiam pugnans euidenter cum eo quod idem Vlpianus scribit *in l. si pro fure 7. §. vltim. eod. tit.* Condictione furtiua quia rei habet persecutionem heredem quoque furis obligari, nec tantùm si viuat seruus furtiuus sed etiamsi decesserit siue viuo adhuc fure, siue eo iam mortuo, & sine apud heredē ipsum, siue non apud ipsum. His enim omnibus casibus condictionem durare aduersus heredem: Quod haud dubiè ita est accipiendum vt in solidum duret, non de eo tantùm quod ad heredem peruenerit, Alioqui non esset bona ratio propter quam deberet durare aduersus heredem, quòd rei habeat illa persecutionem. Cùm etiam pœnales actiones quæ solius pœnæ non rei persecutionem continent, attamen in heredes quoque dentur de eo quod ad ipsos peruenit, vt turpe lucrum ipsis extorqueatur, quemadmodum latiùs à nobis in præcedentibus disputandum est. Non ergo exigimus contrectatam esse rem furtiuam ab herede furis vt is condictione furtiua in solidum teneatur, Sed à defuncto contrectatam esse sufficit vt ipsius heredes in solidum, & suprà quàm ad eos peruenerit, obligentur. Quomodo enim possent heredes contrectasse seruum furtiuum qui iam viuo adhuc fure decessisset? Ideóque nimirum dicimus heredem furis teneri condictione furtiua, sicut & furem ipsum etiamsi non possideat *§. vlt. Inst. de oblig. quæ ex malefic. nascunt.* cùm tamen fieri non possit vt furis heres contrectauerit eam rem, quam ipse numquam possederit. Sed & verba illa Vlpiani *dicendum est condictionem aduersus heredem durare*, an non apertè ostendunt talem superesse condictionem contra furis heredem, furtiua quoque re perempta, qualis contra defunctum competebat? Ergo in solidum: Alioqui non posset dici eadem durare condictio, quæ contra furis heredem minùs plena minúsque efficax inueniretur, tanquam quæ in eo in quo esset imminuta, partim perempta videretur, Sicuti solemus dicere rem quæ deterior facta est, quodammodo ex parte periisse, ideóque non liberari eum qui rem debet reddere, si reddat deteriorem *l. 3. §. 1. D. commod. l. 1. §. si res deposita 16. D. deposit.* Rursum quod supradictis verbis adfirmat Vlpianus condictionem furtiuam aduersus furis heredem durare, conuincit manifestissimè duas alias eiusdem Cuiacij interpretationes à nobis iam refutatas. Cùm enim tam per litis contestationem quàm per sententiam & condemnationem prior actio nouetur quæ in iudicium deducta fuit, Malè vtique Vlpianus adfirmaret durare contra heredem furis condictionem, quæ per contestationem aut condemnationem nouata, per nouationem verò extincta & perempta esset. Superest vt confutatis Cuiacij interpretationibus illos quoque refellamus, qui vt Cuiacio subtiliores videantur, nouam ad Vlpianum interpretationem attulerunt, Existimantes hanc esse sententiam

tentiam *dicta l. 9. De condict. furt.* vt in condictione ex causa furtiua heredes furis non pro hereditatis parte quæ ad eos effectu peruenerit teneantur, siue soli sint siue plures, sed in solidum, id est pro illa etiam parte quæ non effectu ipso sed persecutione tenus duntaxat ad eos peruenerit, Ita tamen vt cùm plures sunt heredes, pro ea quisque tantùm parte pro qua heres est teneatur, De eo scilicet non quod effectu sed quod persecutione tenus in hereditate repertum sit: Vt proinde si ex re furtiua, neque effectu, neque persecutione opulentior facta sit hereditas, consequens futurum sit, vt nullomodo teneatur furis heres, nec si solus heres sit, quem tamen in solidum teneri Vlpianus ait. Quo vel solo collectionis & consecutionis huius argumento intelligi potest quàm improbabilis sit hæc interpretatio, quæ tam euidenter Vlpiani verbis & menti repugnat, vt aliquo casu heredem furis in totum liberet, scilicet cùm nihil ad eum neque reipsa & effectu neque persecutione tenus peruenit, quem tamen omnimodo, & omni casu in solidum teneri Vlpianus dixit. Nam si falsum prorsus est, quod ex huiusmodi interpretatione sequitur, ipsam quoque interpretationem falsam esse necesse est. Sicut & illud falsum est quod isti ea verba Vlpiani *non pro parte quæ peruenit* de parte hereditatis interpretantur, Cùm tamen apertissimum sit non de parte hereditatis intelligi posse, sed de parte quæ ex re furtiua ad heredem peruenit, vt probat hæc adiectio *quæ peruenit* quam fatendum est superuacuam fore, si non ob id necessaria fuerit, ne quis huic nouæ interpretationi locus relinqueretur. An non enim prorsus absurda & insulsa esset quæstio, quæ sic conciperetur, *Vtrum pro parte hereditatis condictione furtiua teneri deberet is, qui furis heres solus & in solidum esset?* Nam quæ pars, obsecro, hereditatis illa esse potest, pro qua sola teneri possit, & debeat is qui heres solus est, & in solidum? Aut quomodo fieri potest, vt pars tantùm hereditatis ad eum perueniat qui solus heres est, nec habet coheredem? Ad quem enim alium pars alia peruenire poterit, qui nullomodo heres sit? Respondebunt isti Posse fieri vt pars tantùm hereditatis ad heredem perueniat cum effectu, alia verò pars non nisi persecutione tenus, Verba autem illa *quæ peruenit* cum effectu esse accipienda, vt *in l. 2. §. peruenisse D. de hered. vel act. vendit.* Et imputare sibi debere heredem cur eam hereditatem adierit, quàm scire potuit & debuit non nisi pro parte cum effectu ad se peruenturam, vt non eo minus teneatur in solidum condictione furtiua, cùm alterius partis quæ non cum effectu ad eum peruenit saluam & integram habeat, minimèque dubiam persecutionem. Verùm si ita Vlpianus sensit, non debuit antithesim illam constituere quam constituit iis verbis *non pro parte quæ peruenit sed in solidum*, sed eam potiùs quam isti constituunt inter partem hereditatis quæ cum effectu peruenit, & partem quæ non peruenit nisi persecutione tenus. Quanquam ne hoc quidem fieri potuit. Pars enim nulla esse aut fingi potest, quæ persecutione tenus duntaxat peruenerit ad heredem qui solus heres sit ex asse, Cùm totius hereditatis persecutionem ad eum solum pertinere necesse sit. Vnde est quod si ei absit vel minima res hereditaria quam alius possideat, totius hereditatis petitionem ex ea causa instituere rectè potest *l. licet minimam* 10. *cum leg. præced. D. hered. petit.* Vt taceam, quod notissimum est, Non ob id minùs totam hereditatem etiam cum effectu ad heredem ex asse, peruenisse intelligi quod res aliqua hereditaria non ad eum peruenerit, quia cùm hereditas sit nomen iuris, & habeat partes

Digitized by Google

homogeneas æquè in iure consistentes, fieri certè nequit, vt in vna re hereditaria quanticumque precij sit pars hereditatis vlla esse intelligatur *l. quamuis 14. D. si quis omiss. caus. testam. l. ex facto 35. D. de hered. instit. l. quoties 13. C. eod.* Nec proinde vt quisquis in solidum heres est, & pro herede habetur [vt eos excludã qui propter abstentionem, aut restitutionem in integrum petitam aduersus aditionem non nisi nudum heredis nomen gerunt, de quibus *in l. 2. §. adoptiui & l. 1. §. si quis adita. D. ad SC. Tertyll. l. etsi ex modica 6. §. 1. D. de bon. libert. l. ait prætor 7. § sed quod Papinianus D. de minor.*] ad eum hereditas tota cum effectu non peruenerit, quamuis nõ omnes res hereditariæ ad eum peruenerint, Quando vniuersa hereditas, multò magis pars hereditatis quælibet etiam sine vllo corpore intellectum iuris habet *l. hereditas 50. D. de hered. petit.* Itaque ferri nõ potest vt dicat quis antithesim ab Vlpiano cõstitutã esse inter hereditatis partem quæ peruenerit cum effectu ad heredem, & hereditatẽ quæ solida quidem sed persecutione tenus duntaxat ad eundem peruenerit, Maximè verò quòd in antithesi constituendæ sint pares eædémque extremorum qualitates. Quod fiet si opponamus hereditatis partem quæ effectu peruenit, non cũ hereditatis parte quæ persecutione tenus dũtaxat peruenerit, cuiusmodi pars, vt diximus, nulla est, sed cum hereditate solida quæ effectu quoque ad heredem ex asse peruenerit, Peruenit autem tota hereditas non solùm persecutione tenus, sed etiam cum effectu, si nemo sit qui hereditatis, siue totius, siue pro parte cõtrouersiam faciat, licèt non omnia corpora hereditaria effectu peruenerint, sed tantùm vt eorum persecutio esse possit. Enimuerò neque antithesis ista est quæ ab Vlpiano constituitur *in d. l. 9.* Opponit enim non heredem pro parte, heredi in solidum: nec heredem pro parte quæ effectu tantùm peruenit, heredi ad quem solida hereditas persecutione tenus peruenerit, Sed heredem ad quem res furtiua non nisi pro parte peruenit, heredi ad quem tota res illa peruenerit, & in solidum, siue heres ille ex toto asse, siue ex parte tantùm esse proponatur. Itaq; tam verba illa *non pro parte quæ peruenit* quàm quæ sequuntur *sed in solidum* non ad hereditatem referenda sunt, quæ vel pro parte, vel in solidum, vel cum effectu, vel persecutione tenus peruenerit ad eum qui aut ex asse aut ex assis parte aliqua heres sit, sed ad rem furtiuam, quæ aut pro parte aut in solidum peruenire ad heredem potuit, Pro parte quidem etiam ad heredem ex asse, In solidum verò etiam ad heredem ex parte, vt *in l. 3. §. heres D. commod. l. si plures 9. D. vnde vi.* Acsi Vlpianus scripsisset apertiùs, Ex causa condictionis furtiuæ heredem furis, siue solus heres ille sit, siue habeat coheredem, non teneri, inquantum dũtaxat furtiua res ad eum peruenit, aut quod idem est, de eo quod ex parte peruenit si vel nihil, ex ea, vel non tota ad ipsum peruenerit, Sed suprà etiam quàm peruenit; Non tamen solum in solidum, nisi solus heres sit; Pro portione autem hereditaria, si coheredem vnum habeat, pluresve. Alio namque sensu accipiuntur verba illa *pro parte* in ea clausula *non pro parte quæ peruenit*. Alio autem in sequenti & postrema legis clausula *pro qua parte heres est*. Prior clausula partem designat rei furtiuæ, quæ non tota sed ex parte duntaxat in hereditate reperta sit, Posterior verò partem hereditatis, diuisæ per legem in tot partes, quot sunt coheredes: Propter quam causam in priore clausula sunt adiecta ea verba *quæ peruenit* quæ adiecta non sunt in posteriore ne qua dubitandi aut cauillandi occasio, vel materia superesset. Quis enim crederet fore quemquam adeò incautum, qui verba illa *non pro parte quæ peruenit* non de eo quod ex re furtiua pro

parte

parte peruenisset, sed de hereditatis parte intelligeret? Aut cur non eâdem siue imperitiâ, siue audaciâ mihi liceat quod in lege sequitur *pro qua parte heres est* sic interpretari *pro qua parte res furtiua ad heredem iure hereditario peruenerit*. Atquin hoc dici non potest quoniam iis verbis *pro qua parte heres est*, pars hereditatis apertissimè significatur nec aliud præterea quicquam. Ergo nec illud. Finge itaque scripsisse Vlpianum quomodo isti interpretantur, *In condictione ex causa furtiua non pro parte hereditatis, qua peruenit cum effectu, sed pro qua parte quisque heres est tenetur.* Quin posset dici aut scribi absurdius? Quod si absurditatis huius tollendæ gratia adderes, quod isti de suo supplent, *sed pro qua parte quisque heres est persecutione tenus* an non esset hoc longè ineptius? Deinde rogo si prima illa verba *non pro parte qua peruenit* de hereditatis parte intelligantur, quis erit sensus sequentium illorum *sed in solidum tenemur dum soli heredes sumus.* An non fatendum necessariò est quod lex ait *in solidum* de solida re furtiua, non autem de solida hereditate intelligi debere? Ergo cùm sint ista opposita *pro parte* & *in solidum*, non aliter explicari oppositio potest, quàm vt dicamus, quemadmodum dixit Vlpianus solidum pro solida re furtiua, ita & partis appellatione non de hereditatis sed de rei furtiuæ parte illum sensisse. Esset enim planè ridicula antithesis sic explicata, *non pro hereditatis parte qua peruenit, sed in solidam rem furtiuam tenemur dum soli heredes sumus.* Cùm nihil vetet solidam rem furtiuam peruenire ad heredem ad quem pars tantùm hereditatis cum effectu peruenerit, Et contrà ad illũ etiam ad quem nulla hereditatis pars cum effectu peruenerit secundũ istorum interpretationẽ, totam nihilominùs rẽ furtiuam, & in solidũ peruenire. Sed nihil est quod nouam istã interpretationẽ tam manifestè confutet, quàm quod contra Cuiacium proximè disputauimus *ex d. l. si pro fure 7. §. vlt. eod. tit.* condictione furtiua teneri in solidum heredem quemadmodũ fur tenebatur, & eandẽ cõdictionem quæ contra furem cõpetebat, etiam contra furis heredẽ durare, tametsi res furtiua viuo adhuc fure tota perierit. Eo nãq; casu quo periit, quomodo fieri potest vt ad furis heredẽ siue cũ effectu, siue persecutione tenus dũtaxat res furtiua peruenisset? Aut quid refert quærere, an cũ effectu an persecutione tenus hereditas vel tota vel pro parte ad heredẽ peruenerit, si vtroq; casu verũ tamen sit rẽ furtiuã nulla ex parte ad eum peruenisse, Ipsum verò nõ nisi de eo quod peruenit teneri posse. Scio eosdẽ istos illum Vlpiani locũ aliter interpretari. Quasi è contrario non aliter admittat Vlpianus heredẽ furis teneri cõdictione furtiua, quàm si seruus furtiuus post furis mortẽ decesserit siue apud heredẽ, siue non apud ipsum. Sed hãc quoque interpretationẽ nos iam suprà refutauimus, cùm ostẽdimus furtiuam cõdictionem neque furis morte, neq; rei furtiuæ interitu extingui, Et quod Vlpianus eo loco scribit furtiuam condictionẽ durare non solùm si viuat seruus furtiuus sed etiamsi decesserit, omnino ita accipiẽdũ esse, *etiã si decesserit viuo fure.* Ne alioqui frustra & supernacuò sit adiectum quod subiicitur quasi diuersum *sed etsi apud heredem diem suum obiit seruus furtiuus vel non apud ipsum.* Nam quod rursum additur *post mortem tamen furis* non pertinet ad excludendam eo casu condictionem furtiuam, sed ad excludendum casum illum ab hac posteriore clausula, tanquam qui iam priore clausula comprehensus esset, adeòque solus. Quod quoniam in præcedentibus satis superque declarauimus, hîc non repetemus. Sed hoc tantùm addemus, Si verum esset quod isti volunt, Furis heredem teneri de eo solo quod peruenit pro qua parte heres est non cum effectu sed persecutione tenus duntaxat, Consequens fore vt ne quidem

de eo quod reuera ad ipsum peruenisset teneri præcisè deberet, sed, quod tamen nemo adhuc dixit, liberari potiùs præstando actiones quas haberet hereditatis persequendæ gratia. Est enim hoc generale ac perpetuum, vt quisquis ob id tenetur, quod aduersus alium habeat actionem, nullam aliam eo nomine condemnationem pati cogatur quàm vt eam actionem præstet *l. quod debetur 51. in fin. D. de pecul. l. cùm is 36. in fin. D. de fideiuss.* vbi legendum est reposita in suum locum dictione *quia*, *Et ideo, quia habet actiones, tenetur ad idipsum, vt præstet actiones.*

ERROR NONVS.

De condictione furtiua & actione rerum amotarum, quòd nullo modo sint famosa, neque pœnales.

PLVRIES iam à nobis dictum & ostensum est in superioribus, neque rerum amotarum actionem, neque condictionem furtiuam aut pœnalem, aut famosam esse, sed vtramque rei persecutoriam. Id enim de actione quidem rerum amotarum scriptum est *in l. 1. & 2. l. si mulier 21. §. pen. D. rer. amot. de condictione autem furtiua in l. si pro fure 7. §. 1. & pass. D. de condict. furt. §. sic itaque, Instit. de action.* & iis ferè omnibus iuris nostri locis in quibus de furtiua condictione tractatur. Sed tamen facit authoritas viri doctissimi Iacobi Cuiacij, vt quod hucusque fuit extra omnem omnino controuersiam latiùs tractandum sit, & comprobandum, tanquam tale quid quod magna non careat dubitatione: Nam cùm aduersus manifestam iuris rationem expressáque Vlpiani verba *in dict. l. 7. §. vltim. & l. 9. D. de condict. furt.* vellet defendere condictionem furtiuam morte furis interire, nec dari in solidum aduersus heredem, sed de eo tantùm quod peruenit, quæ famosarum & pœnalium actionum natura & conditio est non earum quæ meram rei persecutionem continent, neque tamen posset negare quin esset illa rei persecutoria, coactus fuit hoc veluti temperamentum comminisci, vt non sit quidem omnino pœnalis, nec omnino famosa, sed sit tamen quodammodo pœnalis, & quodammodo famosa, aut, quod idem est, quasi pœnalis & quasi famosa. Id verò suscipit ille probandum ex professo ad Papinianum *in l. 5. D. rer. amot.* quatuor potissimùm argumentis: Quorum primum est quod furtiua condictio comparata sit odio furum, Et quod de ea dicitur, inquit, id etiam dicitur de condictione rerum amotarum *§. sic itaque. Institut. de action.* Quòd si odio, inquit, Ergo pœnæ causa. Si pœnæ causa, Ergo pœnalis aut veluti pœnalis est. Nam & ita exceptio Senatusconsulti Macedoniani comparata dicitur odio creditoris, id est in pœnam eius qui filiofamilias pecuniam credidit *l. sed si paterfamilias 9. §. penultim. D. de SC. Macedon.* Secundum argumentum est quod vtraque hæc actio ex delicto nascatur, licèt vtraque rei persecutionem contineat, *l. si mulier 21. §. penultim. & vltim. D. rer. amot. l. si ambo 10. §. quoties D. de compensat. l. si rerum 52. D. de re iudicat.* Quasi fieri non possit vt non aliquid pœnæ ob eam causam iis insit, cùm vel hoc ipsum conueniri ex delicto pœna sit & vltio quædam, inquit Cuiacius. Tertium est, quòd hæ condictiones [sic enim ille semper loquitur] non dentur in solidum aduersus heredem, quomodo darentur nisi subesset in iis pœnæ, aut vindictæ ratio quædam *l. vlt. C. rer. amot. l. 9. §.*

4.9.§.vlt.& l.10.D.de tutel.& rat.distr. Ideóque Paulus noster *in d.l.si mulier §.pen.* postquàm dixit actionē rerum amotarū licèt ex delicto nascatur, tamen rei persecutionē continere, Infert quidē ex eo, Non finiri eam anno, vt neq; condictio furtiua anno finitur. Prætereà heredibus quoq; cōpetere, Sed non addit *& in heredes* quod tamen addere omnino debuisset si nullomodo pœnalis esset actio, & nullomodo famosa. Quartum argumentum est ex *l.si pignore 22.in prin. D.de pignor.act.* vbi dicitur, si debitor mihi pignus subripuerit quod crediti nomine dederat, posse me contra eum agere non modò furti actione pœnali in duplū aut quadruplum, sed etiam condictione, & quidē furtiua si Cuiacio credimus, Neutro tamen casu cogendū me imputare debito quod ab ipso debitore sim consecutus, & quod ille mihi ex delicto suo præstiterit. Ergo, inquit vir doctissimus, quod condictione furtiua consecutus sum, pœna est. Nā si mea res esset, & salua manet debiti petitio, imputaretur debito, Cùm & quicquid actione furti consecutus essem ab alio fure quàm ab ipso debitore, id totum cogerer imputare, vt à Papiniano scriptū est initio eiusdē legis, *etiamsi culpa creditoris* vt lex ait, *furtū factum sit*, Quo tamē casu longè probabilius videri poterat, Creditoris lucro debere pœnam cedere quam ex furti actione ab extraneo fure cōsecutus esset, Cuius itidem damno propter culpam propriam cessura erat amissio pignoris si fur deprehendi & pignus subtractū recuperari non potuisset. Tenetur enim creditor de culpa *§.vlt. Inst. quib. mod. re contr. oblig. l. contractus 25. D. de reg. iur.* His quatuor argumentis à Cuiacio allatis, quintum addiderunt quidā Cuiaciani, quòd in cōdictione furtiua, & similiter in actione rerū amotarū æstimanda res sit quāti plurimi vnquā fuit *l. in re furtina 8. §. 1. D. de condict. furt. l. pen. D. rer. amot.* Quasi æstimatio quāti plurimi pœna sit, nō res ipsa: Ideóq; néc aliis vllis casib. præstari soleat, si excipias actionē legis Aquiliæ, quæ ipsa pœnalis est *§. his autē verbis Instit. De leg. Aquil.* ob eam potissimùm causam quòd in æstimādo seruo vel occiso vel vulnerato repetitio illa fiat triginta dierum *l. qui seruū 34. §. vlt. D. de oblig. & act.* aliquando etiā totius anni *d. §. his autē verbis.* At nos vt cōtrà probemus neq; condictionē furtiuā, neq; rerū amotarum actionē vllomodo pœnalē aut famosam esse, non tā multis egemus argumētis. Cùm nō modò apertissimos textus illos habeamus, quos huius capitis initio retulimus, sed ipsos etiā ferè cōfitentes aduersarios, qui nō minùs cū seipsis quàm cū veteribus Iureconsultis pugnātes fatentur vel inuiti neutrā istarū actionū pœnalē omnino esse, neutrā omnino famosam. Cuius sententiæ nullus effectus alius fingi potest, quàm vt neq; pœnalium, neq; famosarū actionum naturam habeant, sed earum potiùs quæ continent rei persecutionem. Nam vt ex parte censeantur iure pœnalium & famosarum actionū, ex parte verò non censeantur fieri certè nullomodo potest, nisi dicamus esse mixtas quales in præcedētibus, multas esse diximus, partim persecutorias rei, partim pœnales in quarum tamē numero nec Cuiacius ipse actiones istas ponere ausus est. Cōstituens quartam & inauditam speciē actionū, quæ nec omnino pœnales & famosæ sint, nec omnino & absolutè rei persecutoriæ, nec rursum mixtæ ex rei & ex pœnæ persecutione, sed quę cùm sui natura merā rei persecutionē contineant, sint tamen aliquomodo pœnales, & aliquo modo famosæ. Quòd si ita esset, fieret igitur aliqua ex parte infamis ille qui aut ex causa cōdictionis furtiuæ, aut ex rerū amotarū actione condemnatus esset: quod tamen apertè falsum est. In condictione quidem furtiua quia cessat ignominia in condictionibus, quamuis ex famosis causis pendeant *l. cessat 36. D. de obligat. & action.* In actione verò rerum amotarum, non

Digitized by Google

quia sit etiā illa condictio vt malè Cuiacius putat, Sed ꝙ singulari quodam iure ob hoc ipsum cōparata sit, ne pœnalis famosáq; actio daretur in eam personam quæ coniux antea fuisset *l.1.2. & pass. D.rer.amot.* Nec sanè status personæ qui indiuiduus est diuisionem hanc recipere potest, vt aliquomodo infamiam patiatur, & aliquomodo nō patiatur, sed aut omnino aut nullatenus infamē quem fieri necesse est. Fateor aliquando accidere vt aliquid sit in actione aut in exceptione quod suggillet existimationē apud bonos & graues viros, vt cernere est in cōdictione ipsa furtiua quæ quoniā furti mētionē facit, notámq; exprobrat, turpis sanè est minúsq; honesta, Itémque doli exceptio, de qua *in l.4.§.aduersus D.de doli mal.except.* vbi legendū esse *apud bonos viros*, non vt vulgò *apud bonos mores* alibi monuimus, Et tamē nemo hucusq; dixit infamiā & ignominiā iuris irrogari, aut ex condictione furtiua *d.l.cessat*, aut ex doli exceptione, Cùm infamē sola sentētia faciat *l.1.l.furti 6. & pass. D.de his qui not. infam. l.infamem 7. D. de public.iudic.* Sentētia autē & condēnatio nulla ferri possit vi exceptionis cōtra actorē, sed tātùm vi actionis contra reū. Itaq; benè Vlpianus *in l.parens 5.§. vl. & l.licèt 7.D.de obseq.parent. & patr.præst.* separat famosas actiones ab iis quę doli vel fraudis habent mentionē, nec tamen famosæ sunt, Non quasi hæ magis quàm illæ dādæ sint liberis & libertis aduersus parentes, patronósve, aut alias huiusmodi personas, quibus reuerentia debetur: Sed quia in effectu sentētiæ & cōdēnationis multùm referat, an actio famosa sit, an turpis tātùm & parùm honesta, ꝙ priore tantùm nō etiam posteriore casu ignominia ex sentētia & condēnatione irrogetur. Porrò actionē rerū amotarum ad quam suum Cuiacius errorē extendit, nō modò famosam nō esse constat, sed neq; turpē, quia neq; furti neq; alterius delicti maculā præ se fert, vt cōdictio furtiua, Sed habet honestum nomē, cùm possit amotio etiā callido, & maligno animo facta esse sine furto *l.si seruum 71.§.pen. & vlt.D.de acq hered.* licèt reuera furtū faciat mulier quæ res amouet cōsilio & causa diuortij posteà secuti *l.rerū quidē 25. & l.pen.D.rer.amot.* Alioqui amotio idē esset quod furtū, nec minùs actio rerū amotarū quàm condictio furtiua, furti significationē & exprobrationē aliquā cōtineret, nō magis vtiq; daretur cōtra eā, quæ vxor fuisset quàm cōdictio furtiua, Quam dari nullo casu posse suprà docuimus in Error.1. Decadis præcedētis: Nēpe quia in honorē transacti matrimonij nō solùm ea actio denegāda est quæ vel pœnalis sit vel famosa, sed illa etiā quæ sit turpis *l.2.eod.tit.l. vlt.in fi.C.de fur t.* Cōdictio autem furtiua licèt neq; pœnalis, neq; famosa sit, turpis tamē est, In eóque grauior & durior, quàm actio rerū amotarū, quæ cùm inter eos tantùm habeat locum qui coniuges fuerūt *l.si concubina 17.D.rer.amot.* vel ex hoc maximè apparet nō modò esse illā nullomodo famosam aut pœnalē, sed nec aliquomodo turpē, cùm si vel minimùm haberet turpitudinis etiā nudo verborū sono, vtiq; inter cōiuges etiā post matrimoniū habere locū nullomodo posset. Itaq; qui defendūt condictionē furtiuā esse quodāmodo famosam, & quodammodo pœnalē, vt probabiliorem facerent tam nouam opinionem, debuerunt ab ea separare actionem rerum amotarum, & separassent haud dubiè, si non eo cōsilio paradoxum hoc induxissent, vt probarent, condictionem furtiuam non dari in solidum contra heredem. Quam in rem necesse fuit idem somniare illos & comminisci de actione rerum amotarum quam vident non dari aduersus heredem nisi de eo quod peruenit *d.l.vlt.C.rer.amot.* quasi non alia de causa potuerit hoc ius ita esse vel constitutum vel receptum in actione rei persecutoria, quàm quòd habēda sint

da sit pro quodammodo pœnali & quodammodo famosa. Nec enim diuersitatis rationem illam obseruarunt quam nos in præcedẽtibus obseruauimus inter actionem rerum amotarum & furtiuam condictionem. Restat igitur vt ad Cuiacij & Cuiacianorum argumenta quæ retulimus, breuiter, & quod solemus quantùm possumus, dilucidè respondeamus. Primum autem valde leue est quo probat ille condictionem furtiuam esse pœnalem, ex eo quòd odio furis comparata esse dicatur *in dict. §. sic itaque. Inst. de action.* Etsi enim quod odio alicuius comparatum dicitur, in ipsius pœnam comparatum videtur, non ideò tamen statim consequens fit vt pœnale dici debeat. Pœnalem enim actionem eam solam intelligimus, non quæ in alicuius pœnam comparata sit, sed quæ ad pœnam consequendam, factúmque illius puniendum cum quo agitur *§. ex maleficiis & seqq. Inst. de action. l. huius actionis 9. §. 1. D. quod fals. tutor. author.* Sic dicimus, ne ab exemplo quod Cuiacius adfert recedamus, Exceptionem Macedoniani odio creditoris inductam esse, & in ipsius pœnam *dict. l. 9. §. vltim. ad Maced.* neque tamen idcirco quisquam dixerit esse illam pœnalem. Pœnales enim exceptiones ius nostrum nullas agnoscit, quia scilicet nunquam dantur ad pœnam, sed tantùm ad elidendam actionem, licèt interdum non alia elidendæ actionis causa sit, quàm vt doli vel alterius improbi facti sui pœnam illam actor sentiat: Nec rursum pœnales actiones quis vnquam dixit eas in quibus iuratur in litem, Cùm tamen certum sit nunquam iurari nisi in pœnam contumaciæ *l. vltim. D. de fideiuss.* Et verò non ait Iustin. *in d. §. sic itaque.* Odio furis ideò comparatam esse furtiuam condictionẽ quòd dignus ille visus sit qui pluribus actionibus pœnalibus teneretur, sed *quo magis pluribus actionibus teneatur,* Scilicet contrariis, cùm aduersus furem parata domino sit vindicatio, cum qua nunquam ex iuris ratione potest concurrere condictio, per quam intendatur dari rem oportere, vt probant quæ apud Iustin. sequuntur. Ac ne quis Cuiacianæ siue interpretationi, siue dubitationi locus relinqueretur, addidit ille odio furum comparatam esse condictionem furtiuam, vt extra pœnam dupli aut quadrupli fures etiam illa actione recipiendæ rei nomine tenerentur: Ita adfirmans euidentissimè, rei persecutoriam illam esse, nullomodo pœnalem. Quod ex eo quoque intelligere licet, quod non fur ipse tantùm sed ipsius etiam heres tum quoque cùm rem furtiuam possidet, ita vt eo nomine vindicatio contra eum institui possit, nihilo minùs furtiua quoque condictione conueniri potest, atque ita directò contrariis planéque incompatibilibus actionibus teneri *§. vlt. Inst. de oblig. quæ ex delict. l. 4. D. de condict. furt.* Nimirum quia cùm succedat in ius vniuersum defuncti, succedit etiam in ipsius vicia *l. cùm heres 11. D. de diuers. tempor. præscr.* & consequenter in odium quod ex viciis suis defunctus contraxit. Et tamen non est successor pœnæ *l. si pœna 20. D. de pœn. & l. vnic. Cod. ex delict. defunct. & alibi pass.* Non est igitur bona consecutio si quis cum Cuiacio dicat, Condictionem furtiuam comparatam esse odio furis, Esse igitur pœnalem. Sed longè grauior & intolerabilior eiusdem viri doctissimi error ille est, quod in hoc quoque similem condictioni furtiuæ facit actionem rerum amotarum, Tanquam illa etiam in odium furis comparata dici possit, Quam tamen è contrario constat in fauorem & honorem transacti matrimonij comparatam fuisse, & veluti substitutam in locum duarum actionum quæ alioqui communi summóque iure competere potuissent, ni fauor coniugij obstitisset, Furti scilicet & condictionis furtiuæ, quarum prior non solùm pœnalis & turpis sed etiam famosa est. Posterior verò nec famosa quidẽ nec pœ-

nalis, sed turpis tamen. Quis ergo credere possit comparatam esse actionem rerum amotarum odio coniugis furis quo magis pluribus actionibus teneretur, vt verbis Iustiniani vtar, quibus ille vsus est *in d. §. sic itaque*, cùm sola ea faciat vt duabus actionibus, & quidem multò durioribus exoneretur persona illa quę rerum amotarum iudicio conuen tur? Nec quòd actio rerum amotarum perinde ac furtiua condictio cum vindicatione possit concurrere *l. ob res amotas* 24. *D. rer. amot.* Similem hac parte vtriusque actionis rationem facere potest. Non enim ratio illa iuris quam furis odium superauit in condictione furtiua inducenda, potuit obstare ne actio rerum amotarum induci posset alio colore quàm odio personæ quæ res amouit. Non enim qui agit rerum amotarum intendit dari quicquam sibi oportere, quomodo is qui condictione furtiua experitur, *d. §. sic itaque*. Sed hoc tantùm contendit restitui sibi debere, quod malo more ac diuortij postea secuti causa amotum fuit, ac ni restituatur, præstari sibi omne id quod sua interest *l. si cùm dos* 8. *§*. 1. *D. rer. amot.* Quæ formula cùm sit arbitrariæ actionis, non solùm non pugnat cum vindicatione, sed etiam longè propiùs accedit ad vindicationem, quæ & ipsa arbitraria est *§. præterea. Inst. de action.* quàm ad condictionem, quæ omnis stricta est, & ipsa quoque condictio furtiua non minùs quàm cæteræ. Ex quo potissimum docuimus in superioribus actionem rerum amotarum neque esse, neque dici posse condictionem, Multò minùs verò condictionem furtiuam aut furtiuæ similem, cùm neque præsentis, neq; præteriti dominij probationem necessariò exigat *d. l. si concubina* 17. *§. vlt. & l. seq. D. rer. amot.* in eóque præcipuè differat etiam à vindicatione, Vt sit non modò latior sed etiam commodior, tum quoque cùm res amotæ propriæ sunt actoris, idq; propter summam probandi dominij difficultatem *§. commodum Institut. de interd.* Dices, Negari non posse quin per actionem rerum amotarum puniatur furtum, tametsi mitiùs quàm si vel furti actione proposita vel condictione furtiua coerceretur *d. l. penult. D. rer. amot.* Ergo nec illud negari posse quin comparata sit odio furum, Ego verò non nego puniri per eam furtum quod reuera per amotionem factū est Sed nego quod tu infers pro Cuiacio, Esse igitur illam odio furum coniugum comparatam. Quid enim erat necesse induci cùm sufficere possent actio furti, condictio furtiua, & alię actiones omnes aduersus fures cæteros qui non minùs odiosi sunt, comparatæ? Nisi fortè putamus coniuges esse odiosiores cæteris furibus, & ideò noua quoque & propria actione Rerū amotarum conueniri eos posse. Quod equidem verissimè diceretur si cæteris actionibus omnib. quæ cōtra fures omnes alios cōpetunt, hæc quoq; accederet. Sed cùm inducta sit vt esset quodāmodo substituta in locū actionis furti & condictionis furtiuæ, Qua fronte quæso possis dicere cōparatam illam odio coniugum, per quam fiat vt & paucioribus & leuioribus nec vllomodo contrariis actionibus coniuges teneantur? Planè quia post denegatā iure constituto actionem furti, itémq; condictionem furtiuam aduersus coniuges in honorem matrimonij, Sequeretur impunitum manere factum coniugis, qui res amouisset si nulla in earum locum alia substituta esset. Maximè verò si earū nomine vindicatio institui nulla posset, quòd vel non extarent, vel agentis propriæ non fuisset, Inducendum necessariò fuit singulare illud iudicium Rerū amotarum. At non odio cōiugū, sed quia licèt fauore aliquo digni visi sint ob pudorē matrimonij vt scriptū est *in d. l. vlt. ad fi. C. de furt.* & fauore nuptiarū, vt ait *l. vl. de seruo corrupto* nō vsq; tamen adeò fauendū iis fuit, vt tā improbū delictum, quod reuera furtū est, maneret impunitum. Sunt verò ista longè diuersa, vt quis dicat, Tanto odio

odio dignos fuisse visos coniuges vt actio Rerum amotarum singulari quodam iure inter ipsos induci debuerit, Aut vt quis dicat, Non tanto fauore dignos esse illos, quin actione aliqua teneri debuerint ad res amotas restituendas, aut vt loquar meliùs, ob res amotas non restitutas. Denique cùm iudicium Rerum amotarum dicatur singulare *in d.l.1. cod. ill. tit.* quia non contra fures alios quàm qui coniuges fuerunt, exerceri potest, Necesse est alterutrum fateri, Vel ideò inductum fuisse quod non tantùm odio, sed etiam maiore odio digni sint visi côiuges quàm cæteri fures, quod tamen iam ostendimus sicut à nemine adhuc dictum fuit, ita neque dici vllomodo posse, Vel fauore potiùs coniugum quos displicuit furti obligari, & actionibus illis aut famosis aut saltem turpibus conueniri, quibus fures cæteri conueniuntur. Et sanè ita est.

ERROR DECIMVS.

Confutatio aliorum argumentorum Cuiacij, & de æstimatione Quanti plurimi in condictione furtiua.

SECVNDVM Cuiacij argumentum eiusdem ponderis est & momenti. Condictio furtiua, inquit, & actio rerũ amotarum pẽdent ex delicto. Quis negat? Ergo sunt quodãmodo pœnales, quoniã hoc ipsum Agere ex delicto vltio quædã est, Pœnã, conueniri. Neganda omnino est consecutio. Non.n. pœnalẽ actionem origo eius facit & causa, sed finis, quẽ eum esse oportet vt actio tendat ad pœnã *l.4.§.vlt.cum legib.seqq.D.de alienat.iudic. mut.caus.fact.* Nec pœna vel vltio vlla in eo esse potest si quis ex delicto agat ad rẽ suã persequendã, & recuperandã, sed tũc tãtùm cùm de delicto ipso agit, adeóq; ad hoc tantùm vt debitã delicto pœnã consequatur. Hoc verò neq; in côditione furtiua, neq; in actione rerũ amotarũ euenit, quæ nô solùm ad pœnam non dantur, sed ad rei persecutionem, vt toties diximus, verùm etiam ita sunt compositæ vt in iis ne quidem tractetur de delicto, licèt ex delicto proficiscantur, & delicti veritatem in necessarium antecedens supponant. Tantum abest vt in iis agatur de delicto puniendo. Sed leuissimum omnium est tertium argumentum, quod sumit vir doctissimus ex suppositione illa qua persuasum habet neque condictionem furtiuam, neque actionem rerum amotarum dari in solidum aduersus heredẽ, Quæ darẽtur, inquit, si nullomodo pœnales essent hæ actiones, nullóq; modo famosæ. Etsi enim verũ est actionẽ rerum amotarum nô dari in solidũ contra heredem, sed inquantũ duntaxat ad eum peruenit *d. l. vlt. C. rer. amot.* id tamen non rationem illam habet quòd in ea sit admixtum aliquid pœnæ vel infamiæ, Sed quia est actio arbitraria, in qua non aliter æquum est condemnari heredem, quàm si arbitrio iudicis non pareat, Nec rursus arbitrium iudicis tale esse vt iubeatur heres reddere suprà quàm ad eum peruenit, cùm nihil ipse deliquerit, vt in præcedentibus explicauimus, At in condictione furtiua falsissimum est quod Cuiacius supponit pro vero, non dari eam in solidum contra heredem, sed in quantum duntaxat ex re furtiua ad eum peruenit, Vt constat ex *d.l.7.§.vlt.& l.9.D.de condict.furt.* Est igitur ista petitio principij & circuitio quędam planè intolerabilis. Nam cùm non aliam rationem meliorem habeat vir doctissimus, qua tentare possit Condictionem furtiuam non esse dandã in solidũ contra heredem furis, quàm quòd sit illa quodammodo famosa, & quodãmodo pœnalis, Rursum hoc ipsum quod nos negamus, esse illam

aliquomodo famosam, & aliquomodo pœnalem, probare vult ex eo ipso de quo potissimùm disputamus, quòd non in solidum aduersus heredem detur. Quod quid aliud est quàm probare non dicam obscurum per obscurius, sed falsum per falsius, & improbabile per improbabilius? Et fatetur tamen vtramque actionem tam condictionem furtiuam quàm rerum amotarum dari heredibus, & perpetuam esse id est non anno finiri, quod vtrũque Paulus disertè scribit *in d.l.si mulier 21.§.pen.D.rer.amot.* quorum tamen neutrum verè dici posset de actione quæ esset aliquomodo pœnalis aut aliquomodo famosa. Vel ex parte solius conuenti rei, quãuis ex parte actoris persecutionem rei cõtineret, vt apparet ex *l.vel post annum 6.& l.seq. D.de alien.iudic.mut.caus.fact.l.1. §.vlt.D.ne vis fiat ei qui in poss.miss.est, l.in honorariis 35.D.de oblig.& act.* quæ licèt de honorariis tantùm actionibus loquatur in quarum numero furtiua condictio non est, quam constat merè ciuilem esse vt cæteras condictiones omnes, Attamen ad rerum amotarum actionẽ benè accommodari potest quæ non ciuilis sed prætoria est *l.2.C.rer.amot.* ac proinde quæ anno finiretur si vel ex parte illius qui cõueniretur posset aliquomodo dici pœnalis, vt illa quæ De alienatione iudicij mutãdi causa facta proponitur, quæ punit alienationẽ illam dolo malo factam *l.1.& pass.ill.tit. De alien.iudic.mut.caus.fact.* Nã quæ sunt huius generis cùm sint ex vna parte pœnales, ex altera rei persecutoriæ, proculdubio sunt mixtæ, & consequẽter pœnaliũ magis quàm rei persecutoriarũ iure censendæ, nõ quidẽ ex parte actoris quominùs ipsius quoq; heredibus dentur, Sed ex parte rei vt neq; in heredẽ eius cõpetant, neq; in eum ipsum post annũ. Quod autem quarto & postremo loco idẽ Cuiacius obiicit, ex *l.si pignore 22.D.de pignor.act.* planè ad rem & quæstionẽ nostrã non pertinet. Nec.n.de condictione furtiua eo loci tractat Iurecõsultus sed condictione incerti quæ ex Aristonis sententia à cæteris prudentibus nõ improbata cõpetit creditori cui data res pignori subrepta fuit *l.& ideo 12.§.vlt.D.de condict.furt.* Condictio.n.furtiua semper condictio certi est, nũquam incerti *l.certi condictio 9.post princ.D.de reb.cred.* Quamquã scio eundẽ virũ doctissimum vt suam illã obiectionem ab hac nostra responsione tueatur in alium errorẽ ferri, quo defendit duplicẽ esse condictionẽ furtiuã, Certi vnã, Incerti alteram. Sed ea distinctio prorsus cõmentitia est, & digna tamen de qua propter tanti Iureconsulti authoritatẽ quæ alios nec paucos nec ignobiles scriptores in eundem errorem pellexit, diligentiùs differamus Decade sequenti ne quid huic plenissimæ nostræ De condictione furtiua tractationi desit. Sed illa etiam priùs nobis confutanda est ratio quam ab aliis pro Cuiacio adferri diximus, vt probent Tam condictionẽ furtiuam, quàm actionem rerum amotarum aliquomodo pœnalem esse ex parte saltẽ illius personæ quæ conuenitur, Quòd inquiunt, in vtraque actione æstimentur res furtiuæ & amotæ, quanti plurimi vnquam fuerunt *Ex l.in re furtina 8.§.1.D.de condict.furt.& l.penultim. D.rer.amot.* Facilis autem responsio est, Non ideò posse actiones istas dici pœnales, Cùm æstimatio etiam quãti plurimi non pœna sit sed res ipsa quæ in actionem venit, & quam necesse est venire in condemnationem quando corpus ipsum furtiuum vel amotum quia fortè extare desiit, præstari amplius non potest *d.l. in re furtiua 8.in princip.* vbi Vlp. postquàm dixit, In re furtiua condictionem ipsorum corporum competere, subinde quærit, An hoc verum sit tandiu duntaxat quandiu extant corpora, an verò tametsi desierint esse in rebus humanis, Et ait, siquidem fur obtulerit, nullam superfore condictionem, Sed si non obtulerit durare condictionem, Non quidem corporum quæ ipsa præstari amplius

plius non possunt, sed æstimationis eorum: Quomodo etiam accipi debet, quod ad huius sententiæ confirmationem & amplificationem scriptum est *in l. ult. eod. tit.* Licèt fur paratus fuerit excipere condictionem, & per me steterit, dùm in rebus humanis res fuerat, eam condicere, postea autem res perempta est, Tamen durare condictionem ex consentiente veterum prudentum opinione, quia videtur, inquit Tryphoninus, qui primùm inuito domino rem contrectauit, semper in restituenda ea quam nec debuit aufferre, moram facere. Vt scilicet condictio non rei furtiuæ sed æstimationis hoc casu duret, quæ æstimatio proinde qualiscunque tandem & quantacunque illa sit, non pœnæ sed ipsius rei furtiuæ loco est. Nam quòd maior aut minor sit æstimatio quæ præstanda est, non immutat substantiam aut qualitatem æstimationis, nec facit facit vt ea æstimatio habenda sit pro pœna furis potiùs, quàm in vicem rei furtiuæ: quia nec facit vt aliud sit quàm æstimatio: Vt neque æstimatio illa quam necessitate cogente interdum fieri oportet ex animo & adfectione iurantis, etiam contra eum qui non sit in dolo, & quem ideò nemo dixerit pœnam aliquam pati debere vt in specie *l. in actionibus §. §. vlt in. D. de in lit. iurand.* In eóque obseruanda est perelegans differentia, quam nescio an vllus adhuc obseruauerit inter æstimationem illam, Quanti plurimi quæ præstatur à fure aut furis herede ex causa condictionis furtiuæ, & illam quæ ex lege Aquilia. Nam quæ ex lege Aquilia præstatur pœna est non simplum & simplo accedere dicitur *in l. qui seruum 34. §. vlt. D. de oblig. & action.* Et ideò dicitur illa actio mixta hoc casu, tũ quoque cùm ad simplum agitur *§. ex maleficiis Inst. de action.* Nempe quoniam in ea lege res æstimatur quanti plurimi fuit aut triginta diebus proximis prateritis, ex tertio capite, aut eo anno proximo retrorsum computato ex eiusdẽ legis capite primo: Atq; ita supra damnum quod datum fuit. Nec enim damnum pluris esse potest, quàm quanti res est eo ipso tempore quo damnum fit *d. §. his autem verbis Inst. de leg. Aquil.* At æstimatio quanti plurimi, quæ venit in condictionem furtiuam, non ex eo tempore computatur quod furtum præcesserit, sed ex eo demum, quod secutum sit litis contestationem, nec egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus *l. 2. §. quæsitum D. de priuat. delict.* cùm non aliam ob causam condẽnatio fiat huius æstimationis, quàm quia fur ab eo instanti, singulis momentis furtum nouum aut saltem moram nouam contrahere intelligatur *d. l. in re furtiua in fin.* Adeóque à quo instanti furtum admisit *l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* Sed eius moræ quæ litis contestationem præcessit, ratio nulla haberi potest in iudiciis strictis, vt docuimus in prima Chiliadis parte. In quo numero vtique condictio furtiua est. Et idcirco non potest ea æstimatio censeri loco pœnæ, Non magis quàm si alius quilibet speciei debitor post moram admissam re perempta conueniatur ad eius æstimationem præstandam, cùm res ipsa præstari amplius nequeat, licèt placet non eo minùs petit adhuc eam debere, quasi adhuc extare videatur hoc ipso, quod post moram extare desierit *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. D. de verb. oblig.* iunct. *d. l in actionibus 5. D. de in lit. iurand.* Admitto fieri odio furis vt vnoquoque momento nouam moram facere videatur, ex continuatione furti nouáque contrectatione quamuis reuera vnum dũtaxat furtum sit *d. l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* ac prætereà vt teneatur præstare quanti plurimi ex die litis contestatæ res vnquam fuit. Sed quamuis ad odium furis tanquam ad proximam & immediatam causam referatur ius illud quod in condictione furtiua obtinet vt quanti plurimi res vnquam fuit, æstimari eam oporteat, Nego tamen statim consequens fieri,

Digitized by Google

vt pœna illa dicenda sit. Multò minùs verò vt cōdictio furtiua pœnalis dici deberet, cùm sint ista lōgè differētia, vt in diluēdo primo Cuiacij argumēto demōstrauim*. Est igitur æstimatio quāti plurimi vicε rei furtiuæ q̄ si extaret in cōdictionē veniret ipsa, nō ipsi* æstimatio, Nec tā accessionis cuiusdā iure cēseri debet, extra causam legis Aquiliæ, quàm principalis debiti. Vnde fit vt ex pragmaticorum quoque sententia tametsi accessionum accessiones numquam debeantur, *l. vlt. C. de vsur.* æstimationis tamen quanti plurimi vsuræ quoque præstandæ sint omnibus illis casibus quibus iidem pragmatici nostrorum interpretum errorem secuti, monstrum hoc æstimationis quanti plurimi antiquis prudentibus incognitum extra causam legis Aquiliæ & condictionis furtiuæ inuexerunt. Vt ex Codice nostro videre est *Defin. 9. De vsur.* Vnus tantùm locus est qui Cuiacium fefellit, & quo probari apertissimè videatur actione rerum amotarum & famosam & pœnalem esse. Is est *in l. 2. C. rer. amot.* Sed de tota illius legis sententia & emendatione ideò latiùs dicendum erit Decad. seq.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS LXXXI.
ERROR I.

De duplici condictione furtiua certi & incerti quam interpretes quidam induxerunt. Ad l. si pignore 22. D. de pignor. act.

DVPLICEM quidem esse condictionem Vnam certi, aliam incerti nemo est qui nesciat. Sed qui hāc distinctionem etiā condictioni furtiuæ adaptauerit, quasi sit etiam illa duplex certi vna, incerti altera, nemo vt opinor ante Iacobum Cuiacium fuit, quē tamen ex recentioribus nonnulli sunt secuti, Illi verò præcipuè, qui cū eo defendunt, Condictionem furtiuam quod sit quodammodo pœnalis, & quodammodo famosa non dari in solidum aduersus heredē. Primus enim & capitalis error ille est, qui viros alioquin doctissimos in nouum errorem hunc pellexit,

Cùm

Cùm sibi viderentur posse argumentum huius rei nō leue deducere, ex eo quòd Vlpianus post Papinianum scribit de condictione *in l si pignore 22. D. de pign. act.* si modò de furtiua condictione intelligeretur, cùm tamen negare non possint quin de incerti condictione accipiendū omnino sit. Nos de illius legis sententia primùm dicemus, Postcà verò probabimus condictionem incerti furtiuam esse nullam posse. Proponit Vlpianus quæstionem de creditore cui pignus subreptum est. Et quærit, Non an furti agere possit (certum enim est posse cùm eius intersit ex honesta causa *l. creditoris 15 l. creditori 87. D. de furt.* sed an cogatur imputare debito quicquid furti actione perceperit, Distinguit aūt ex Papin. sententia, An extraneus sit qui pignus subripuit, an ipse debitor. Nā & debitor ipse furtū rei suę hoc casu facere potest, non quidem proprietatis cuius nec furtū vllū vnquā fit, sed possessionis, q̄ in creditorē transfertur dato pignore *l. cum & sortis 35. §. 1. eo. ti. De pignor. act.* adeò vt dicatur creditor verè ac propriè possidere quod ad omnia præterquàm quod ad causam vsucapionis *l. seruus nomine 16. D. de vsucap.* Vt proinde non possit negari quin creditoris intersit, quia pignoris retentio commodior & expeditior semper est quàm persecutio *l. 1. D. de pignor.* Et priore quidem casu, id est cùm extraneus furtum pignoris fecit, Placet totum quicquid creditor actione furti percepit imputare eum debito oportere, Atqui duplum ex ea causa percipitur vel quadruplum prout furtum vel manifestum fuit vel nec manifestum. In eóque duplo vel quadruplo simplum continetur, id est summa non debiti sed pignoris quantacunque sit *d. l. creditori 87. D. de furt.* Solet autem pignus, & vt idoneum sit debet excedere debiti quātitatem, Alioqui non esset idoneè cautum creditori, Qui tamen finis est dandi pignoris & accipiendi *l si mandatu 59. §. vlt. D. mandat. l. 4. §. addsci D. de fideic. libert.* Ergo vix est vt actio vlla supersit creditori pro debito cōsequendo posteaquàm furti egit, Nisi per inopiā furis factū sit vt nō solùm duplū aut quadruplū ab eo cōsequi nō potuerit, sed neq; summā ipsam pignoris quæ debiti summæ & quātitati respōdeat. Nec tātùm imputare debito cogitur id quod percipit, sed etiā actione pignoratitia tenetur, debitori vt omne id quod debitū excedit, ei p̄stet ac restituat *d. l. creditoris.* In quo mirum est deterioris eū cōdicionis esse, quàm locatorē, & cōmodatariū, quibus si res locata vel cōmodata furto subtracta sit, non solùm furti actio cōtra furē extraneū cōpetit perinde ac creditori ad duplum vel quadruplū cōsequēdū, sed cū eo quoq; cōmodo vt quod furti actione perceperint, neq; locatori neq; cōmodatori restituere teneātur. *l. is qui rem 6. D. locat. l. vlt. §. sed cùm in secūdā C. de furt.* Quidni enim tātūdē iuris habeat creditor, qui hoc plus habet quàm cæteri, quòd verè possidet proprio nomine *d. l. seruus* cùm tamē cōductor & cōmodatari⁹ nō tā possideāt quàm sint in possessione nomine locatoris aut cōmodatoris qui reuera possidet *l. si quis ante 10. l. si rē mobilem 47. D. de acq. poss. l. malè agitur 2. C. de præscript 30. vel 40. amor.* Respōdet Accurs. *in d. l. si pignore*, Conductorē & cōmodatariū habuisse vsū rei subreptæ quo priuati sūt per furtū, Creditorē verò nō habuisse, q̄ si pignore vsus fuisset furtū admisisset. *l. si pignore 54. D. de furt.* Sed cùm furtū sit interuersio nō tātùm vs⁹ verùm etiā possessionis *l. 1. in fi. eo. tit. l. 1. ad fi. D. de distr. pign. l. 1. § Scæuola D. si is qui test ā. lib. ess. iuss. est*, Vix dici pōt creditorē ob id minus iuris habere cùm furtū passus est, quòd vsum pignoris non habeat, cuius habet verā possessionem. Dicendum igitur potiùs est differre in eo cōductorē & commodatarium à creditore, quòd licet creditor verè possideat adeóq; suo nomine extra causam vsucapionis, non tamē pign⁹ accepit vt aliquod ex eo lucrū perciperet, sed tātùm quò sibi magis,

& melius cautum esset, Conductor verò & commodatarius non nisi lucri & cōmodi proprij causa contrahunt, quod in commodato nomen ipsum demōstrat. Itaque nihil fit aduersus mentem contrahentium, cùm ex furto, quod cōductori vel commodatario factum est lucrum aliquod penes ipsos remanet; quomodo fieret sanè aduersus naturam pignoris si vel tantillum penes creditorem remaneret. Quamquam in conductore multò planiùs id procedit quàm in commodatario, Non quia contractus commodati minùs fiat in fauorem commodatarij quàm contractus locationis in fauorem conductoris [nam imò verò commodatum fit plerunque in gratiam & vtilitatem solius commodatarij, Locatio verò in gratiam vtriusque *l. si vt certo* 5. *§. nunc videndum D. commod.* vbi dicitur ob hanc causam teneri commodatarium de culpa etiam leuissima, cùm tamen conductor non nisi de leui teneatur,] Sed quia commodatum non aliam causam habet quàm liberalitatem commodantis, Cui proinde æquissimum esset commodatarium in vicem accepti beneficij gratiam illam & gratitudinem rependere, vt quod per occasionem furti à fure cōsecutus esset pœnæ nomine, hoc totum ei redderet, neque ex aliena liberalitate cōmodum illud captaret, de quo in commodatarium transferendo non fuerat cogitatum tempore commodati. Atque ita Papinianum aliquando sensisse Iustinianus refert *in d. l. vlt. §. sed cùm in secundam*, licèt non exprimat, vtrum ea ratione moueretur Papinianus quàm nos attulimus, an alia meliore quam nos certè nullam inuenimus. Sed tamen aliud postea eidem Papiniano visum est quem in hac quæstione vt & in aliis nōnullis variasse constat, tandémque illud magis probasse, vt quod cōmodatarius per actionem furti ab extraneo fure pœnæ nomine consecutus est non sit cogēdus actione commodati reddere commodatori, Sed sibi retinere possit in vicē quodammodo & compensationem damni quod ex furto pati poterat si neque furem deprehendere, neque indemnitatem ab eo consequi potuisset. Id enim secundum naturam est cuiusque rei lucra & commoda eum sequi quem sequuntur incommoda, vt habet regula iuris. Quæ tamen ratio si recta est, vt est, quidni etiam facit, vt in creditore cui pignus subreptum est, idem iuris obtineat quod in commodatario, Saltem eo casu quo per leuem culpam creditoris acciderit vt furtum pignoris factum sit, Cùm peræquè verum sit teneri creditorem de culpa leui, atque commodatarius tenetur de leuissima? *d. §. nunc videndum d. l. contractus* 24. *de reg. iur. §. vlt. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Verùm aliud eiusdem Papiniani, aut saltem Vlpiani iudicium fuit, qui scribit *in d. l. si pignore*, Sententiam illam Papiniani quæ vult creditorem qui de pignore subrepto egit furti cogendum esse debito imputare totum quicquid percepit, Veram esse etiamsi culpa creditoris furtum factum sit: quamuis eo casu periculum totum ad ipsum pertinuisset: quæ dubitādi ratio ad eum locum fuit. Sed fortior decidendi illa est quā iam attulimus, quòd non quemadmodum in commodato id agitur vt commodum aliquod perueniat ad commodatarium. Ita in pignore id actum videri potest vt ex eo lucrum aliquod penes creditorem remaneret. Itaque licèt commodati tempore non fuerit cogitatum de lucro illo quod per occasionem furti poterat accidere, præsertim cùm ex furto damnum timeri certiùs quàm sperari lucrum possit: facilius tamen est vt qui lucrum aliquod sperare iustè potuit, maius aliud consequatur, quod non sperauerat, quàm vt vel tantillum lucri penes eum remaneat, qui nullum penitus ex suo cōtractu sperare licitè nec potuit, nec debuit. Quam ob causam nec furti actio danda creditori videbatur nisi in summam debiti, cùm non pluris eius interesse credi posset. At contrà tamen prudētibus

tibus visum est, creditori actionem furti nō in summam debiti sed in summam pignoris competere aduersus extraneum fur em *d.l.creditori 87.de furt.* Quia nō credito tenus duntaxat eius interest sed in solidum, id est quanti pignus totum est *d.l.creditoris 15. eod.* non solùm si per ipsius culpam furtum factum sit, qui casus nullam habet dubitationem, sed etiamsi sine culpa: quippe cùm totū pignus possideat & quidem ex debitoris eiusdemque domini voluntate, Quod sufficit vt ei quoque cuius ex alia quàm dominij causa interest rem non subripi, actio furti accommodetur *l.is cuius interest 85.eod tit.* Tantóque magis ipsi cautum sit quāto preciosius est pignus quod accepit. Planè vbi debitor ipse pignus subtraxit, contrà probatur, vt in summam non pignoris sed pecuniæ debitæ & vsurarum eius, conueniatur furti. *d.l.creditoris*, An quia hoc casu non in plus intersit creditoris? Exemplo scilicet eius, quod scribit Vlpianus *in l.si inter 21.§.vlt.D.de pignor.* Si pignorata res non restituatur, litem aduersus possessorem æstimādam esse, sed aliter aduersus ipsum debitorem, Aliter verò aduersus quēuis aliū possessorem. Nam aduersus debitorem non pluris quàm quanti debet, quia nō pluris interest, Aduersus cæteros autem possessores etiā pluris: & quod amplius debito consecutus fuerit creditor, debere illum restituere debitori pignoratitia actione. Ita certè est. Quanquam enim vtroque casu interesse videtur creditoris habere totius pignoris possessionem quo magis sibi cautum habeat, vt suprà diximus, Fatendum tamen est pluris eius interesse aduersus extraneum siue furem siue possessorem quàm aduersus debitorem ipsum: Quia contra tertium quemlibet tanti eius interest quāti est non solùm quod ei debetur, sed etiam quod iudicio pignoratitio restituere debitori teneatur, cùm possit ei imputari si ob id solùm minùs reddat, quod minus exegerit quando plus exigere pro suo iure & posset & deberet. Bonam enim fidē præstare cogitur in omnibus iis quæ ad causam pignoris pertinent, Nec tantùm cum per actionem in rem pignus ipsum persequitur contra quemlibet possessorem, sed etiam cùm de pignore subrepto agit furti, Siquidem nec aliam ob causam habet actionem furti quàm quia rem tenuit ex domini voluntate *d.l.is cuius interest.* At contra debitorem ipsum nūquam eius interest, nisi ad quantitatem vsque debiti. Et quamuis id quod à debitore consecutus erit pœnæ nomine per actionem furti, nō solùm reddere domino non teneatur sed neque debito imputare, vt mox dicemus *ex d.l.si pignore*, quæ res aliquam videtur inducere differentiam inter actionem furti de pignore & hypothecariam quæ nullo penitus casu lucrum adferre creditori potest, quia pœnalis non est, sed rei solius persecutionem arbitrio iudicis continet *l.si fundus 16.§.in vindicatione D.de pignor.* Non ideò tamen potest fieri vt tanto pluris videatur interesse creditoris ad augendā quantitatem simpli quæ duplanda, vel quadruplanda est, At potius tantò minoris, quantò maius lucrum sensurus est ex furti pœna quam sibi totam & integram retinebit. Absurdū enim esset dicere ob id pluris interesse creditoris contra debitorē ipsum quòd ex eiusdem debitoris voluntate rem tenuerit, At non potiùs meliorem idcirco debere condicionem esse domini ex cuius potissimum voluntate fit, non vt creditoris intersit, sed vt creditori ob id quod eius interest actio furti danda sit. Non enim omnibus quorum ex quacunque causa interest actio illa accōmodatur, sed iis tantùm quorum interest vel ratione dominij vel ratione possessionis quam nacti sint ex domini voluntate, vt constat ex exemplis positis *in d. l. is cuius interest in fin.* Hactenus igitur danda est creditori actio furti contra debitorē quatenus interest creditoris seposita & insuperhabita debitoris volūtate. Hoc verò

ad causam debiti & vsurarum eius restringitur: quia nō pendet ex debitoris voluntate an aut quantum debeat, postquàm debere cœpit, & obligationis vinculo se adstrinxit, Ergo ad summam debiti & vsurarum restringendum erit simplum quod in actione furti duplandum vel quadruplandum est si debitor ipse rei suæ furtum fecerit.

ERROR SECVNDVS.

Ad posteriorem partem distinctionis quam ponit Vlpianus in d. l. si pignore 22. De pignor. act.

VENIAMVS iam ad aliam partē distinctionis quam Vlp *in d. l. si pignore*, adhibet circa illam quæstionem, An quod actione furti cōsecutus est creditor pœnæ nomine ab ipso debitore qui pignus subtraxerit, cogēdus sit pignoratitia actione restituere debitori. Et cōcludit Vlpianus, neq; debere hoc imputari debito, neq; restitui, & ita Papinianum quoque sensisse lib. 9. quæstionum, Cuius sentētia extat *in l. si debitor 79. D. de furt.* in hæc verba *si debitor pignus subripiat, quod actione furti soluit, nullomodo recipit.* Nec valde dissimiliter Modestin' *in l. id quod 74. D. de solut. Id quod pœna*, inquit, *nomine à debitore exactum est lucro debet cedere creditoris.* Ratio non obscura & in qua omnes consentiunt, illa est, quòd pœnæ non solent repeti cùm depensæ sunt, minúsque absurdi est vt per occasionem pignoris lucrum aliquod remaneat penes creditorem, etiam cōtrà quàm ferat natura pignoris, quàm vt debitoris furtum & delictum sit impunitum, *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. versic. Sanè quoniam eod. tit.* In vniuersum enim & sine vlla exceptione sequenda est ea regula, vt dolus omnimodo puniri debeat, etiamsi non alicui sed illi ipsi qui eum admisit damnosus futurus sit, *l. procurator 11. §. 1. D. de doli mal. except.* Quanto igitur magis puniendus est dolus debitoris qui creditori adferat iacturam possessionis? Atqui non puniretur si quicquid à debitore creditor exegisset, totum id aut debito imputare, aut ipsi debitori restituere cogeretur. Eadémq; rationem habet quod ex eodem Papiniano sequitur apud Vlpianum *in d. l. si pignore §. 1.* Si metus causa creditor seruum pignoratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat, & postea egerit ex edicto Quod metus causa, atque ita quadruplum consecutus sit, neque restituere illum debere quicquam ex eo quod consecutus est, neque debito imputare, Etsi namque in quadruplo illo simplum continetur adeò vt non nisi triplum in pœna esse videatur, *l. item si cum exceptione 14. §. sed etsi quis & §. quatenus D. quod met. caus.* quadrupli tamen condemnatio vnica, & indiuidua est, ideóque tota per modum pœnæ irrogatur, licèt non tota sit pœna. Vnde dubitatum olim fuit inter prudentes, Si quis per vim stipulatus cùm acceptum non faceret fuerit in quadruplum condemnatus, An si postea ex stipulatu ageret, aduersus exceptionem Quod metus causa causa, replicatione doli adiuuari deberet. Nam Iulianus quidem putabat adiuuari eum debere quòd in quadruplo etiam simplum reus esset consecutus, Sed Labeo contrà dicebat etiam post quadrupli exactionem nihilominus exceptione summouēdum eum qui vim intulisset vt scriptum est *in d. §. sed & si quis* Vbi Tribonianus sub Vlpiani nomine duriorē existimans

stimans sententiam Labeonis, sic temperandam esse ait vt tam tripli condēnatione plectatur stipulator, quàm acceptilationem omnimodo facere compellatur. Cæterùm si in condemnatione quę fit ex illa actione Quod metus causa, diuidēdum esset quadruplum in simplum & triplum, vt rei persecutio à pœna distingueretur, sicuti falsa euidenter fuisset planéque improbabilis opinio Labeonis, Ita nec quærere Iulianus debuisset de danda replicatione stipulatori, qui exceptionem Quod metus causa per simpli solutionem abundè exclusisse videri potuisset. At quia per modum pœnæ condemnatus fuerat ad totum quadruplum, ideò placebat vel exceptione Quod metus causa adhuc repellendum eum si ex stipulatione per vim aut metum interposita agere pergeret, quæ Labeonis erat sententia, Vel saltem necessariam ei esse replicationem doli aduersus exceptionem, quòd bis idem consequi reus vellet, quamuis diuersis mediis, vt *in l. si quis dolo 51. in fin. D. de re iudic.* Nec sanè aliam rationem habere potest quod ex Papiniano Vlpianus scribit *in d. l. si pignore §. idem Papinianus*, Si metus causa tradiderit creditor debitori seruum pignoratum quem bona fide pignori acceperat, & per actionem Quod metus causa quadruplum consecutus sit nihil eum restituere debere ex eo quod consecutus est neque debito imputare, Quàm quia quadrupli condemnatio tota per modum pœnæ irrogata est, licèt simplum in ea contineatur. Non enim qui in ea actione cognoscit iudex pronunciat rem esse restituendam, nec condemnat rerum ad rei restitutionem aut ad simpli præstationem, primùm, deinde ad triplum pro pœna, sed ob id quod non sit paritum arbitrio De re restituēda quod præcedere necesse est vt in actionibus arbitrariis omnibus, Condemnat rectà reum in quadruplum per modum pœnæ etiam quod ad simplum comprehensum in illo quadruplo, licèt reuera simplum illud non sit pœna sed æstimatio rei per vim ablatæ. Alioqui non posset negari, salua Papiniani pace, & authoritate quin debito suo saltem imputare creditor deberet simplum illud quod per actionem De eo quod metus causa etiam à debitore ipso esset consecutus, Siue Iuliani sententiam illam sequi velimus quæ extat *in d. §. sed & si quis*, siue Triboniani temperamentum quod in effectu ad Iuliani sententiam propiùs accedit, vt scripsimus in Rationalibus ad eum locum: Nisi fortè in ea Iureconsultorum dissensione Papinianum à partibus Labeonis stetisse malumus, & in ea fuisse opinione vt etiam post quadrupli perceptionem pristina superfit actio quæ competeret etiamsi nulla quadrupli condemnatio facta esset. Quæ sententia, mihi, si dicere liceat, quod sentio, probabilior videtur. Neque enim per hanc quadrupli condemnationem restitutio vlla fit rei de qua contenditur, sed ob eam non restitutam & in pœnam contumaciæ quadrupli totius condemnatio irrogatur, vt cum pœna, & sub pœnæ nomine actor etiam indemnitatem consequatur, Et vtut sit semper verum est quod volumus, In actione Quod metus causa quadruplum per modum pœnę in condemnationem deduci, Indéque fieri vt nihil ex quadruplo illo neq; restituatur, neque imputetur. Quāquam dici etiam fortasse posset, casum illū de quo Papinianus respondit, habere quid speciale. Nō enim ponit coactū esse creditorē debitum acceptum facere creditori, sed tantùm ei pignus tradere, ex eáque causā creditorem consecutum esse quadruplum, Æstimationis scilicet possessionis, quippe quæ sola hoc casu æstimanda est, non vt in actione furti aut debitum ipsum aut pignus pro debito datum. Æstimatur siquidem id solum quod restitui oportet, id est quod abest. Abest autem nuda possessio cum suis fructibus *l. si mulier 21. §. qui possessionem D. quod met. caus.* non etiam debitum ipsum,

quippe quod non haberet creditor etiamsi pignus per vim tradere coactus non fuisset. Proinde mirum non est post huius quadrupli perceptionem integrã totius debiti petitionem superesse, cùm neque debitum, neque pro debito quicquam creditor perceperit, sed tantùm pro possessione pignoris, Aliter quàm si creditor debitum ipsum acceptò ferre coactus, agens postea ex edicto, Quod metus causa quadruplum consecutus esset. Nam cùm in quadruplo illo debitum ipsum quasi simplum contineretur, difficilius esset vt audiri deberet creditor, si præter quadruplum etiam debitum exigere vellet, quod iam per actionem quod metus causa licèt non sub debiti nomine exegisset. At in casu Papiniani neque debitum exegisse videri potest creditor etiamsi quadruplum consecutus sit, neque quicquam pro debito, sed tantùm pro possessione pignoris, Cuius possessionis causa nihil cum debito commune habet. Sed hæc quidem circa actiones furti & Quod metus causa ad Vlpiani & Papiniani sentẽtiam assequendam dixisse sufficiat. Superest vt de condictione cuius mentio fit *in eâd. l. si pignore* aliquid subiiciamus, & de furtiua condictione intelligi non posse ostendamus. Qui quoniam alius, nec minoris momenti tractatus est, conferendus erit in Decadem sequentem, Si tamen priùs monuerimus, Distinctionem illam quam suprà in creditore adhibuimus, An ei pignus subreptum sit à debitore ipso, an ab extraneo, non similiter habere locum posse in commodatario vel conductore. Nec enim potest debitor rem suam cuius & dominium & veram possessionem retinet subripere commodatario, vel conductori, qui neque dominus est, neque possessor. Etsi autem habent isti vsum aliquem rei siue locatæ, siue commodatæ, furtum autem fit per interuersionem vsus non minùs quàm possessionis *d. l. 1. in fin. D. de furt.* Non potest tamen ea res inducere vt locator conductori vel commodator commodatario furtum facere existimetur, quoniam ea demum interuersio solius vsus, furti materiam præbet, per quam fit vt qui alienam rem ad certum vsum accepit, alij eam vsui applicet, puta si commodatarius qui equum accepit commodato ad iter vnius diei eo vtatur per mensem, aut iumenta sibi commodata longiùs duxerit, vt *in l. qui iumenta* 40. *eod. tit.* Vel vt quis aliena re vtatur qua nullomodo vti potuerit vt euenit in depositario & creditote *d. l. si pignore* 54. *eod.* At cùm dominus re sua vtitur cuius non solùm dominium sed etiam possessionem habet, fieri nequit vt furtum faciat, Non magis, quàm vt re sua vtatur *l. vti frui* 5. *D. si vsu fr. pet.* Facit quidem iniuriam conductori quem non patitur frui re conducta, Et commodatario cui intercipit vsum rei commodatæ, & quem beneficio adiuuari non decipi oportuit *l. in commodato* 17. *§. sicut D. commod.* Sed nulla inde furti actio nasci potest nec alia vlla, nisi ex contractu, Scilicet conducti in fauorem conductoris, & commodati contraria in fauorem commodatarij, *dict. §. sicut, l. ex conducto* 15. *in princip. D. locat.*

ERROR TERTIVS.

De condictione incerti, quæ datur creditori subrepto pignore per debitorem.

AGIT Vlpianus duplicem mentionem condictionis quæ competit creditori subrepto pignore *in l. si pignore* 22. *D. de pignor. action.* quia & duos casus proponit in quibus locum habere condictio illa potest.

Digitized by Google

Primus est si pignus creditori subreptum fuerit ab alio quàm à debitore. Alius est si à debitore ipso furtum pignoris factum sit. Vtroque casu certum est competere creditori non modò actionem furti, contra furem, quisquis ille sit, sed etiam condictionem, & quidem incerti ad id quod interest creditoris, licèt aliter atque aliter æstimandum aduersus debitorem & aduersus extraneum. Neque est qui de hoc dubitet. Sic enim apertè ex Neratio & Aristone scribit Vlpianus in *l. & ideo 12. §. Neratius D. de condict. furt.* Sed de illo tantùm quæritur & controuertitur, An ea condictio sit furtiua: Cuius controuersiæ gratia totus hic à nobis susceptus tractatus est. Quærit autem Vlpianus *in d. l. si pignore*, An quod creditor à fure extraneo consecutus est per huiusmodi condictionem aut etiam à debitore ipso cogatur vel imputare debito vel debitori restituere pignoratitia actione. Respondet autem ad quæstionem, quod ad priorem duntaxat casum pertinet, non etiam quod ad posteriorem, Scilicet quod ab extraneo consecutus est creditor siue actione furti, siue incerti condictione, debito imputari oportere, sed multò magis quod condictione incerti quàm quòd actione furti, Cùm id quod consecutus est per actionem furti, pœna sit: Quod verò per condictionem, rei persecutio: Non autem æquum sit creditorem eandem summam bis persequi vt eam bis consequatur. Quod autem ad posteriorem casum pertinet, Nihil respondet Vlpianus nisi de actione furti: Nimirum id quod creditor à debitore ipso per eam furti actionem consecutus fuerit, neque imputandum esse debito, neque restituendum debitori tanquam quod pœnæ nomine exactum sit. De condictione verò nihil respondet, totámque rem dubiam & indecisam relinquit. Inde porrò magna inter iuris interpretes & contentionis & dissensionis materia, iam olim apud Accursium inter Azonem & Irnerium. Azo namque defendebat, neque imputare creditorem, neque restituere actione pignoratitia debere quod à debitore ipso per condictionem illam incerti fuisset consecutus, tanquam quod si non prorsus pœnæ nomine, saltem quasi pœnæ exactum esset, ob improbum factum debitoris. Irnerius contrà contendebat & imputari oportere & restitui. Azonem, quem Accursius quoque & veteres omnes secuti sunt, & ex recentioribus nominatim Cuiacius ad libr. 9. quæstionum Papiniani, illa potissimum ratio mouebat, quòd si seruum bona fide sibi pignoratum creditor debitori reddere per vim aut metum coactus, agens posteà ex edicto Quod metus causa quadruplum à debitore consecutus fuisset, non eo minùs totum debitum petere adhuc posset, nec quicquam ex eo quadruplo aut in debitum suum imputare, aut creditori restituere cogeretur: Cùm tamen negari non possit quin illo in quadruplo simplum contineatur, nec nisi triplum in pœna esse videatur. Ita enim disertè scriptum est ab eodem Vlpiano, aut saltem sub Vlpiani nomine *in l. item si cum exceptione 14. §. sed & si quis & §. quatenus D. quod met. caus.* Cur ergo in illa etiam condictione incerti quæ creditori competit aduersus debitorem subrepto per debitorem pignore, non idem obseruabimus, vt quamuis rei persecutionem contineat, nihil tamen actione pignoratitia vel imputare debeat creditor vel restituere? Tanti verò momenti obiectionem hanc esse putauit bonus Irnerius, vt nihil aliud respondere potuerit, nisi quòd creditor, qui per actionem Quod metus causa quadruplum consecutus est nihil quidem ex eo quadruplo in debitum suum imputare debeat, sed tamen cogendus sit pignoratitio iudicio reddere simplum il-

N

lud quod in quadruplo perceperit. In quo tamen, vt benè Accursius obseruauit nec fuit valde difficile, apertè vim facit Irnerius Vlpiano, cuius illa sunt verba, si non potiùs Papiniani cuius sententiam eo loco Vlpianus refert, *Nam si egerit Quod metus causa factum est, & quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo quod consecutus est, neque debito imputabit.* Ego tamen facere non possum, quin aduersus Azonem & Cuiacium sentiam, Motus illa potissimùm ratione quod condictio incerti quæ creditori contra furem pignoris accommodatur, non possit non esse rei persecutoria. Siquidem ob hoc ipsum dicitur incerti condictio quia competit ad id quod interest creditoris. Id autem quod interest semper incertum est, quia in facto non in iure consistit. *l. quatenus 24. De reg. iur. l. vltim. D. de prætor. stipulat.* Qui autem fieri potest vt quicquam adhuc intersit eius, qui iam id omne sit consecutus quod sua intererat? Aut vt ei cuius nihil amplius intersit, salua nihilominus supersit actio pecuniæ creditæ? Tritum enim est neque actionem, neque exceptionem saltem efficacem ei dandam esse cuius nihil interest, Cùm & obligationes, & actiones, & exceptiones ad hoc tantùm comparatæ sint vt vnusquisque quod sua interest, vel acquirat vel consequatur *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri De verbor. obligat.* Denique quis vnquam admittat quod contendit Cuiacius, Condictionem illam incerti per quam creditor consecutus sit quicquid sua intererat, pœnalem esse? Non disputo, An sit illa condictio furtiua quemadmodum vir doctissimus putat, quod mox negabo, Sed illo etiam præsupposito quod falsissimum est vt furtiua condictio dici posset & deberet. Quis tamen non videt pœnalem dici eam nullomodo posse cùm non detur nisi ad id quod interest? Nec enim sicuti pœna plerumque substituitur in locum eius quod reuera interest siue ad taxandam eius quantitatem quæ alioqui esset incerta, *vt in dict. l. vltim. de prætor. stipulat.* siue ad nouandam quodammodo eius quod interest obligationem, vt *in l. obligationum ferè 44. §. vltim. D. de obligat. & action.* Ita è contrario fieri, dicíve vnquam potest id quod interest substitui loco pœnæ. Ergo siue initium rei, siue effectum respiciamus, non potest condictio incerti, quæ non datur nisi ad id quod interest, pœnalis existimari. Et consequenter cùm sit rei persecutoria, nihil certè causæ est, cur non cogendus sit creditor debito imputare quod ab ipso debitore consecutus fuerit per condictionem. Ne alioqui absurdum illud sequatur, quod Cuiacius fateri cogitur, licèt absurdum id esse neget, vt creditor eandem rem bis persequatur, & consequatur, Scilicet per condictionem incerti primùm, deinde per actionem pecuniæ creditæ. Nec rursus dici potest ad corrigendam vel molliendam duplicis huius exactionis iniquitatem, Per incerti condictionem exigi rem sub nomine eius quod interest, Per actionem verò pecuniæ creditæ sub nomine debiti. Nec enim sola nominum diuersitas immutare potest rei substantiam, & facere vt pro diuersis haberi debeant ea, quæ effectu ipso vnum, & idem sunt. Atqui certum est quoties pignus à debitore ipso subreptum est creditori, nihil interesse creditoris nisi ratione debiti & vsurarum eius *l. creditori 87. D. de furt.* Ergo quod consequitur creditor per condictionem incerti à debitore iure eius quod interest, illud ipsum est quod per actionem pecuniæ creditæ consequitur sub nomine debiti, Nec pro Cuiacio quicquam facit quod ipse allegat ex *l. id quod 74. D. de solut.* Id quod exegit creditor à debitore in proposita specie non debere restitui debitori. Loquitur enim Modestinus *in d. l. id quod*, non de omni eo quod creditor à debitore exegerit, sed de eo tantùm quod exegerit pœnæ nomine.

Digitized by Google

nomine. In quo id quod interest, vt diximus, numquam continetur. Priúsque erat vt probaret Cuiacius pœna aliqua functũ esse debitorem qui propter subreptum à se pignus præstiterit creditori quãti eius interfuit, quàm vt exclamaret quomodo exclamat in hæc verba, *Quis hoc audinit, vt mihi ex postfacto restituatur pœna, qua semel functus sum iure meritóq;?* Quàm exclamaret ille impatientius, nec tamen, vt puto, iustius, si hoc audiret quod nũc primùm audemus dicere, In proposita specie, id est cùm pignus non ab extraneo sed à debitore ipso subreptũ est creditori nullam eo nomine condictionem incerti aduersus debitorem creditori dandã esse? Nam cùm sit verissimum quod scriptum est *in d. l. creditoris*. Hactenus referre an extraneus, an verò debitor furtũ pignoris fecerit creditori, quod aduersus extraneum furẽ æstimatur id quod interest creditoris non credito tenus dũtaxat, sed ad valorem vsq; pignoris, Aduersus debitorem verò non nisi ad finem debiti & vsurarum eius, Fatẽdum est, omnino nihil interesse creditoris an agat cõdictione incerti, an actione pecuniæ creditæ, nec aut plus, aut aliud vna actione quàm alia contineri. Quòd si ita est, illud quoq; fateri nos oportet condictionẽ incerti hoc casu competere nullã posse. Quemadmodum enim Philosophi dicunt, non esse multiplicanda entia sine necessitate, ita & in Iurisprudentia nostra propositio verissima est, Nõ esse multiplicandas pro vna eadémq; re actiones quarũ vna nõ plus quàm alia sit vtilitatis allatura. Inductæ sunt. n. actiones omnes iure ciuili aut ex necessitate, aut ex aliqua saltẽ vtilitate, vt quod vna actione actor, vel nullomodo, vel minùs cõmodè posset consequi, altera actione, vel pleniùs vel cõmodiùs consequeretur, *l. qui seruum* 34. *De obl. & act.* Tantũ autem abest vt creditori cui pignus à debitore subreptum est vel necessaria sit, vel vtilis incerti cõdictio aduersus debitorẽ, vt incõmoda potiùs & dãnosa ei futura sit. Cùm. n. creditor ad debitũ consequendum habeat actionẽ pecuniæ creditæ quæ ipsa nihil aliud quàm certi cõdictio est. Quid obsecro prodesse illi potest, quod habeat prætereà condictionem incerti? An non multò certius, commodius & expeditius est agere certi condictione quàm incerti? Qui enim condicit certi ad hoc solùm adstringitur vt probet sibi deberi, non etiam quantum illud sit quod debetur, cùm sit certum. At is qui condicit incerti vt consequatur id quod sua interest, non solùm probare cogitur quòd sua intersit, sed etiam quanti intersit. Quoniam vtrumque illud, An scilicet intersit, & quatenus intersit in facto non in iure consistit, idcóque incertam quantitatem continere dicitur, quia semper incertum est quod ex lubrico fidei testium pendet, etiamsi tale quid sit quod in se ac per rerum naturam sit certissimum: Vnde fit vt quamuis maximè intersit actoris plerumque tamen inopiâ probationum res & condemnatio ad exiguam summam deducatur *d. l. vlt. D. de prat. stipul.* vbi hanc ob causam consilium dat Iureconsultus, vt stipulator in vicem eius quod interest pœnam & certam quantitatem stipuletur ne probandum habeat, An aut quatenus intersit, quia cùm pœna in stipulationem deducta est non quærimus an intersit, aut quanti, sed tantùm quænam sit quantitas & condicio stipulationis *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri D. de verb. obl.* Verùm huic consilio in prætoriis tantummodò stipulationibus locus est, quæ sui natura in id quod interest per verba illa *quanti res est* concipiuntur, Non etiam in casu nostro in quo agimus de condictione incerti quæ non ex conuentione aliqua, sed ex furto nascatur.

ERROR QVARTVS.

Quid probare debeat qui agit condictione incerti de subrepto pignore contra debitorem, Et quid si subreptum pignus fuerit per extraneum.

DIces nec esse necessarium in proposita specie vt qui agit condictione incerti probet quanti sua intersit, Cùm tanti eius interesse credatur, quãtum ei debetur *d.l.creditoris 87.de furt.* ideóque nec verendũ esse ne per inopiam probationũ aliquod damnũ sentiat, cùm probationes quæ sunt necessariæ in cõdictione certi ad condemnationem extorquendam, eæ ipsæ sufficere possint ad incerti cõdictionem peragendam. Respondeo, Satis esse nobis ad victoriam vt per condictionem illam incerti nullum commodum ad actorem peruenire possit, licet neque damnũ ex ea vllum sensurus sit. Cur enim patiamur actionem nouam induci, cuius neq; necessitas, neque vtilitas vlla proferatur? Sed tamen negari non posse quin creditori ea condictione agere volenti necessarium sit probare furtum à debitore factum, Haud secus acsi contra eum agere furti vellet: quæ tamen probatio plerumque difficilis est, vt & cæterarum rerum omnium quæ in animo & volũtate consistunt, cùm furtum sine animo & adfectu furandi nõ fiat. Proinde duo probanda creditor habet si aduersus debitorem cõdictione incerti agere velit, & furem eum esse & debitorem, Cùm tamen ad condictionẽ certi rectè & cum effectu instituẽdam possit ei sufficere vt aduersarium probet debitorem, Quod non tantùm per testes vt furtum, sed per chirographum, probari potest, aut ex aliis publicis priuatísve instrumentis. Denique vel ipse verborum sonus ostendit, Cæteris quoque paribus longè commodiorem esse & certiorem condictionem certi quàm incerti, Semper enim metuenda & periculosa est *incerti* allegatio & mentio in iudiciis, quorum euentus per se iam nimiùm dubius incertúsque est *vulg.l.quod debetur 51.D.de pecul.* Quam ob causam ferè ausim adfirmare nullo iuris loco quẽ legisse meminerim ita scriptũ aut comparatũ esse, vt pro vna eadémq; re certi cõdictio possit cõcurrere, cum incerti cõdictione, eidémq; personæ vtraq; actio accõmodetur. Sed solet semper cõdictio incerti esse subsidiaria, & ei cõpetere cui cõpetere certi nõ posset, tãquã quæ semper minùs certa sit minúsq; vtilis: nec minùs stricti iuris quàm cõdictio certi. Sunt.n. cõdictiones omnes strictæ, siue certi sint, siue incerti, nũquã verò bonæ fidei vt aliæ pleniores aliis possint habere prestationes. Nec est quod quis obiiciat, Eãdẽ ratione futurũ vt probare quis possit, Nõ magis aduersus extraneũ furẽ dãdã esse creditori condictionem incerti, cùm perinde inutilis ei futura sit ea actio, quippe qui paratiorẽ & certiorẽ habeat cõdictionẽ certi cõtra debitorẽ. Lõgè nãq; diuersa horũ casuũ ratio est, Nõ ob id solùm quod creditoris interest habere plures debitores vt quod forte à debitore ipso propter eius inopiã consequi nõ posset, cõsequatur ab extraneo fure, Sed etiã quia idipsum quod creditoris interest, aliter æstimatur aduersus extraneũ, aliter verò aduersus debitorem. Cùm aduersus debitorem non æstimetur nisi ad concurrentem vsque debiti & vsurarum eius quantitatem, Aduersus extraneum autem, ad summam vsque & valorẽ pignoris, cuius æstimatio plerumq; debiti quantitatẽ excedit, Vt proinde non possit dubitari quin plenior sit condictio illa incerti cõtra extraneum, quàm cõdictio certi & pecuniæ creditæ contra debitorem. Replicabis fortasse, Nihil referre creditoris an id quod ipsius intersit æstimetur ex quantitate debiti,

debiti, an ex valore pignoris, cùm id omne quod debitum excedit, & debiti vsuras, cogatur postmodū reddere debitori pignoratitia actione *l. creditoris* 15. *D. de furt.* Imò verò, inquam, maximè creditoris interest, non modò propter repræsentationem damni, quomodo de actione rerum amotarum scribit Paulus *in l. si mulier* 21. *§. hac actio D. rer. amot.* per eam actionem repræsentari damnum licèt postea dotis exactio competat, Verùm etiam ne soluto quandocumque debito teneatur ob hoc ipsum creditor debitori pignoratitia actione, Cui sanè teneretur si non ei redderet quicquid ab extraneo fure non solùm exegisset, sed etiam exigere potuisset, & debuisset, quemadmodum eodem iudicio tenetur ille ad restitutionem fructuum non solùm quos percepit, sed etiam quos percipere potuit *l. creditor qui prædium* 3. *C. de pign. act.* Itaque non paruam ex illa cōdictione incerti vtilitatem sentit creditor, exigēdo suprà quàm sibi & sortis & vsurarum nomine debeatur, quamuis superfluum postea restituere cogatur, quando ea ratione assequitur vt à periculo damnóque actionis pignoratitiæ se liberet: Cuius è contrario nullus subest metus si debitor ipse furtum fecerit. Qua enim fronte posset debitor imputare creditori cur cōdictione incerti vel furti actione aduersus debitorem ipsum non egisset? *argu. l. si extraneus* 33. *l. cùm in fundo* 78. *§. quòd si mulier D. de iur. dot.* At instantem adhuc te audio, Potuisse hanc incerti condictionem & debuisse induci quamuis inutilem futuram aduersus debitorem ipsum eundémque furem pignoris, vel solo furum odio quo magis pluribus actionibus tenerentur, Sicuti circa condictionem furtiuam ratiocinatur Iustinianus *in §. sic itaque Inst. de act.* ex eáque causa posse illud defendi quod vult Cuiacius condictionem illam incerti furtiuam dici debere, quòd non nisi furis odio sit comparata. Ego verò neutrum admitti posse arbitror. Nūquam enim aut odium furis, aut aliud quidpiam extorquere potuit à ciuili legislatore actionem nouam quæ omni casu futura esset prorsus inutilis, Neque verò quod ad condictionem furtiuam pertinet, furis odium in eo elucet quod pluribus actionibus tenetur, sed quod contrariis & incompatibilibus, Siquidem extra causam furis inauditum est vt condictio concurrat cum vindicatione, & qui iam dominus est, cùm magis dominus fieri nequeat, intendat tamen sibi rem suam dari oportere *d. §. sic itaque & l. vlt. in fin. D. vsufr. quem. caueat.* Cæterùm nemo dixerit ideò solùm inductam esse condictionem furtiuam vt actionum numero fur obrueretur, Cùm suas vtilitates habeat, eásque non paucas quæ nec in vindicationem rei furtiuæ nec in actionem furti venire possent: Inter quas illa est, quod datur contra furem furísque heredem etiamsi non possideat *§. vlt. Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt. l. si pro fure* 7. *§. vltim. D. de condict. furt.* contra quem tamen non daretur vindicatio si non possideret, vt nec aduersus alium quemlibet *l. is qui destinauit* 24. *l. qui petitorio* 36. *D. de rei vindic.* Item quod in condictione furtiua æstimatur res quanti plurimi vnquam fuit à die litis contestatæ *l.* 2. *§. quæsitum D. de priuat. delict. l. in re furtiua* 8. *in fin. D. de condict. furt.* Cùm tamen neque in rei vindicatione, neque in alio vllo actionis genere si excipias actionem legis Aquiliæ, præstetur vnquam æstimatio quanti plurimi. Denique quod in condictione furtiua non distinguimus an furtiua res æquè apud dominum peritura fuerit an non, Quomodo distingui solet in vindicatione *l. item si verberatum* 15. *§.* 1. *D. de rei vindic.* Sed omnimodo furem furísque heredem ad rei furtiuæ restitutionem si extet, aut si extare desierit, ad æstimationis quanti plurimi præstationem condemnamus: nullo in eam rem adhibito iureiurando in litem, cui locus est in iudicio vindicationis

l. qui restituere 68. eod. tit. Ex eo igitur apparet neque inutilem esse condictionem furtiuam, neque ob id tantùm comparatam vt fur pluribus actionibus teneretur, Sed etiam vt grauiore ac duriore actione coerceretur, Et consequenter non posse ex comparatione condictionis furtiuæ sumi argumentum ad inducendam pariter odio furis condictionem incerti aduersus debitorem, ex qua nullum creditor commodum sentire vllo casu posset. Sed & admisso eo quod tamen numquam admitterem vt odio furis danda esset creditori pro subrepto pignore condictio incerti aduersus debitorem, Non ideò tamen illud etiam admittendum putarem vt ea condictio dici furtiua deberet: Nisi fortè putamus etiam vindicationem quæ contra furem competit si rem furtiuam possideat, speciali & ante hunc diem inaudito nomine, furtiuam vindicationem dicêdam esse, Eo colore, quòd post inductum ius condictionis furtiuæ soli domino dandæ, non minùs odio furis fieri videatur, vt qui condictione tenetur etiam vindicatione teneatur, quàm è conuerso vt ab eo qui actione in rem conueniri potest, condici quoque possit: Vtrumque enim abhorret ab ea iuris regula quæ nullo casu patitur concurrere vindicationem cum condictione. Illud vnum nobis obstat, quod Vlpianus *in d. l. si pignore*, de ista incerti condictione aduersus ipsum quoque debitorem qui pignus subripuit, danda loquitur apertè iis verbis *sed quod ipse debitor furti actione præstiterit creditori, vel condictione.* Quid enim scribi potuit apertius, vt appareret etiam aduersus debitorem propter subreptum pignus incerti condictionem dari posse? Atqui ex ratione iuris defendi hoc non potest, vt iam ostendimus. Superest ergo vt dicamus irreptitia esse verba illa *& condictione*, additáq; ab imperito interprete non animaduertente quãtum intersit hac parte, an ab extraneo, an à debitore ipso furtum pignoris factum sit. Alioquin quis sibi persuadeat, Vlpiano aut Papiniano excidere potuisse, vt proposita quæstione in duas partes diuisa ad alteram duntaxat responderit? Est hoc nimirum familiare inscitiæ Triboniani, non diligentiæ Vlpiani, aut alterius cuiusquam ex prudentibus. Et verò cur de furti tantùm actione locutus esset Vlpianus ex Papiniano *in d. l. si pignore* & Papinianus ipse *in l. si debitor 79. D. de furt.* si condictionem quoque incerti ex hac causa contra debitorem à creditore exerceri posse credidissent? Aut si nõ saltem aliud iuris cõstituendum putassent in eo quod creditor actione furti consecutus esset à debitore, Aliud verò in eo quod incerti condictione. In summa cùm incerti condictio illa si contra debitorem competeret, non latiùs patere posset, quàm condictio certi de pecunia credita, vt probauimus, quis non videt quàm diuersa sit hac parte causa condictionis & actionis furti, neque posse in condictione sic concipi quęstionem, An quòd creditor à debitore supra debiti quantitatem exegerit, restituere cogendus sit, cùm superfluum nihil esse possit. Quamquam obseruo aliter ab Vlpiano propositam quæstionem, Aliter verò conceptam responsionem. Nã cùm quæsitum esset, an quod ipse debitor furti actione prǣstiterit creditori, debito imputandum sit, Respondet ex Papiniano non oportere id restitui, quod diuersum est. Qua de causa si quis Triboniano tribuere vellet quod ego interpreti, non valde repugnarem. Neque enim stylum Vlpiani valde mihi sapere videntur verba illa initio legis posita *Papinianus confitetur, & est verum* & quæ toto ferè illius legis cõtextu sequuntur. Neq; in contrariũ facit quod Paulus ex Neratio & Aristone generaliter scribit *in l. & ideò 12. §. vl. D. de condict. furt.* Eũ cui pignori res data est incerti cõdictione acturum si ea subrepta est. Recipit enim hæc generalis sentẽtia interpretationẽ ex ratione iuris, Si pignus non à debitore

bitore ipso sed ab extraneo subreptum proponatur: qui casus tamen ideò fortasse non fuit nominatim exprimendus, quia vsu frequentior est. Nã & similiter idem Paulus *in d.l.creditoris 15. De furt.* generaliter scribit, Creditoris cuius pignus subreptum est non credito tenus interesse, sed omnimodo in solidũ furti agere eum posse, id est in duplũ vel quadruplum, eius quod ipsius interest facta relatione non ad quantitatem debiti, sed ad summam pignoris: Cùm tamen nõ aliter id verũ sit quàm si pignus subreptum sit ab extraneo non etiam si à debitore *l.creditori 87.eod.* Ac ne dubitari queat eum solum casum quo debitor ipse pignus subripuerit, à Paulo tractari cõstat id manifestissimè ex sequentibus verbis *sed & pignoratitia actione id quod debitũ excedit, debitori præstabit.* Pugnaret enim ea sententia cũ eo quod scriptũ est *in d. l. creditori, & in d.l.si debitor. & in d.l.si pignore*, si de pignore per debitorẽ ipsum subrepto intelligeretur. Vt autẽ coniectura mea de verbis illis *& condictione* ab interprete additis probabilior mihi videatur, illud facit, quod alio eiusdẽ legis loco, id est *in §.si prædo*, video eiusdẽ, vt credibile est, interpretis audacia factũ esse, vt additus hodie sit versiculus ille *proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit*, cùm è contrario debuerit potiùs illationẽ hic concipere *nõ proderit igitur*, quemadmodũ alio loco docuimus. Etsi.n.cũ n prædo pignori rẽ dedit, cõpetit ei de fructibus quoq; pignoratitia actio, perinde ac alij creditori cuilibet. Nihil tamẽ ei prodest quod ipsius creditor bonæ fidei possessor fuerit, vt eo magis fructus illos consequi possit, sibi, & lucrari. Quãdoquidẽ vbi eos exegerit cogetur æquè reddere illos domino aut vindicanti si extent, aut cõdicenti si cõsumpti sint: acsi eos ipse per se non per creditorẽ percepisset, quæ illius loci sententia est. Sed & *in §.vlt.eiusd. legis*, vbi scriptum est *nam vsu hoc euenerat*, mallem legere *casu*, quàm *vsu* vt *in l. posthumus 6.§.si quis ex his D.de inoff.test.am.* etsi non tã interpretis quàm librarij error hic esse potest Quod si admitterẽ etiam illo casu, quo debitor ipse pignus subripuerit dandã creditori aduersus eum incerti condictionẽ, numquam tamẽ admittere possem, quod Azo & veteres voluerunt, illósq; secutus Cuiacius, Nõ esse cogẽdũ creditorẽ imputare debito, quod per eã cõdictionẽ incerti cõsecutus esset, quoniã ita fieret vt bis idẽ cõsequeretur, duplici actione quę vtraq; esset rei persecutoria. At quoniã idipsum nobis obiicitur quod iam olim obiectũ est Irnerio, & ad quod respõdere Irnerius nõ potuit, De quadruplo exacto per creditorẽ actione Quod metus causa, restat vt hanc quoque obiectionẽ diluamus, Sed postquàm ostenderimus Condictionem furtiuam incerti nullam esse, vt de eo propositam & institutam à nobis disputationem concludamus.

ERROR QVINTVS.

Condictionem furtiuam incerti nullã esse ostenditur. & *De certi cõdictione generali.*

TAM multa inter disputandum nobis passim occurrunt, quæ nec prætermitti, nec obiter tractari possunt, vt cogamur plerumque inchoatos tractatus interrumpere & disputationis propositæ definitionem non solùm in aliud caput, sed in aliam quoque Decadẽ conferre. Quo tamen nomine tantũ abest vt inuidiam & reprehensionẽ ab æquis lectorib. metuendã nobis esse arbitremur, vt gratiã potiùs aliquam speremus ab iis, quibus nõ aliud propositũ est, quàm nobis, vt omnes si fieri posset iuris nostri difficultates tandem enodatas, vel nostro, vel alieno beneficio videamus. Hoc verò

Digitized by Google

in quæstione instituta contigit. Nā cùm de illo primùm tractaremus, An cōdictio furtiua sit aliquomodo famosa & aliquomodo pœnalis, quod primus adfirmauit Iacobus Cuiacius vt probaret non dari eam in solidū contra heredem, Illa emersit intermedia quæstio, An furtiua condictio aliqua sit incerti, vt sciremus an bonum esset argumentum quod sumpsit vir doctissimus ex *l. si pignore 22. D. de pignor. act.* de cuius sententia, & interpretatione latiùs ideò tractandū fuit. Cùm verò iam probauerimus, cōdictionē de qua eo loco Vlpianus loquitur, nō aliam esse quàm incerti quæ cōpetit creditori cui pignus subtractum est ad id quod ipsius interest, nec tamē desinat Cuiacius adfirmare, furtiuā illā esse. Restat vt probemus quod iā in præcedētibus probandū suscepimus, Cōdictionē furtiuā incerti nullā esse posse: Quāquam nobis ad victoriam satis esset iam probasse, Nihil omnino esse pœnale in condictione illa cuius supradicto loco meminit Vlpianus. Furtiuam condictionē speciem esse condictionis certi tam apertè scriptum est *in l. certi condictio 9. D. de reb. credit.* vt mirum sit non modò tanti nominis Iureconsultum, sed alium quemlibet qui in prudentum numero poni velit, de eo dubitare potuisse. Nā posteaquàm scripsit Vlpianus certi condictionē competere ex omni causa, & ex omni obligatione ex qua certū petitur, Siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto, dūmodò præsens sit obligatio: Sed & cōpetere hanc actionem ex legati causa & ex lege Aquilia, Subiicit *sed & ex causa furtiua per hanc actionem condicitur.* Quod vtiq; nec verè nec accommodatè subiiceretur, si tam verum esset condictionem furtiuam aliquā esse incerti, quàm verum est aliquam certi esse. Neque verò fieri potest vt eadē condictionis species & certi & incerti esse queat, non magis quàm vt idem sit certum, & incertum. Idque in condictione furtiua eo manifestius est, quod per eam non aliud actor persequitur, quàm corpus ipsum quod furto subtractum est *l. in re furtiua 8. in princ. D. de condict. furt.* *In re furtiua*, inquit lex *condictio ipsorum corporum competit.* Atqui non potest corpus vllum incertum esse, vt neque furto subtrahi id quod incertum sit. Siquidem furtum nihil aliud est quàm contrectatio rei alienæ, & interuersio possessionis inuito domino *l. 1. §. vltim. & pass. D. de furt.* Contrectari autem nihil potest quod non sit certum, adeóq; nec digito demonstrari *l. certum 6. D. de reb. credit.* Multò minùs autem possideri, nec proinde possessio eius interuerti. *l. locus certus 26. D. de acq. poss.* Ergo neque condictio rei furtiuæ incerta aut incerti vlla esse potest. Et quamuis condictio furtiua non semper corporum ipsorum condictio sit, sed tamdiu duntaxat quādiu extant, Vbi verò extare desierunt si nō sit purgatū furtum per oblationem, duret quidē condictio sed æstimationis tantùm, posteaquàm corpus ipsum præstari amplius non potest *d. l. in re furtiua*, Nihilomagis existimandum est cōdictionē per hoc fieri certi quæ antea fuerit incerti, Et cùm dicat Vlpianus etiam post peremptā rem furtiuam durare condictionem æstimationis, An nō eo durandi verbo apertissimè significat talem durare cōdictionem qualis antea fuerat, Nec solùm talem sed quod plus eandem ipsam numero, nedum specie, quę antea fuit. Ergo certi semper, numquam incerti. Cur enim æstimatio præstanda in vicem corporis, quod præstari ipsum amplius non potest, faceret incerti condictionem quæ antea certi fuisset? An fortè quòd rerum precia incerta sint, & pro temporum ac locorum varietate, aliter atque aliter constituenda? *l. si seruum 33. D. ad leg. Aquil. l. precia 63. D. ad leg. Falcid.* Atqui vt in cæteris actionibus ex quibus rei petitæ æstimatio præstanda est id verè dici posset, quod

non

puto, Tamen in condictione furtiua de qua nunc agimus falsum esset, Ex qua scilicet singulari quodam iure non æstimatio quælibet condicitur, & quam in incerto vagari ius permittat, sed quanti plurimi vnquam res fuit à tempore litis contestatæ in diem vsque sententiæ & condemnationis *dict. l. in re furtiua §. 1. l. 2. §. quæsitum D. de priuat. delict. l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* Quæ æstimatio quanti plurimi non potest incerta esse per rerum naturam cùm eam quantitatem contineat quæ principalem gradum habet valoris, Exemplo eius, quod scriptum est *in l. vbi autem 75. §. 1. vers. vsque adeò De verborum oblig.* eum qui ita stipulatus sit *Tritici Africi boni modios centum* aut *Vini Campani boni amphoras centum* videri quidem incertum deduxisse in stipulationem, quia cùm bono melius inueniri possit, boni appellatio nequeat esse certæ rei significatiua, Sed si triticum Africum optimum, aut vinum Campanum optimum stipulatus fuerit, id eum stipulatum intelligi cuius bonitas principalem gradum bonitatis habeat; quæ res efficit, inquit lex, vt ea appellatio certi significatiua sit. Similiter igitur dicendum est, Appellatione æstimationis quanti plurimi eam æstimationem significari quæ omnino certa est, Vt maximè alia quælibet æstimatio incerta dici posset, Præsertim cùm non infinita & indefinita sit æstimatio quanti plurimi, quæ per condictionem furtiuam petitur, sed certi temporis finibus & terminis conclusa, quia non egreditur retrorsum iudicij accipiendi hoc est litis contestatæ tempus, In quo maximè differt ab æstimatione illa Quanti plurimi quæ in lege Aquilia præstatur siue ex primo eius legis capite *Quanti plurimi res fuit eo anno retrorsum computato* siue ex tertiò *quanti plurimi res fuit in triginta diebus proximis dict. l. 2. §. quæsitum D. de priuat. delict.* At neque verum est rei certæ æstimationem vllo casu incertam esse posse, quia licèt multum distet inter rem ipsam & ipsius æstimationem *l. si alij 42. §. 1. D. de vsufruct. l. vltim. Cod. de fideicomm. libert.* Necesse tamen est æstimationem respondere rei cuius æstimatio est, vt iusta sit, & consequenter certam esse æstimationem quoties id quod æstimatur certum est. Quemadmodum è contrario rei incertæ æstimationem necessarium est incertam esse, puta si æstimandus sit iactus retis aut alea, quia & iactus ipse retis incertus est, & alea incerta *l. si iactum retis 12. D. de action. empt. l. periculi precium 5. D. de nautic. fœn.* Idem dici potest de incerto condictionis, de quo *in l. 1. Cod. de pact. l. de fideicommisso 11. Cod. de transact. l. si pater puellæ 12. Cod. de inoff. testament.* Quamquam tum quoque cùm incerta res in stipulationem aut aliam conuentionem deducta est, certam fieri æstimationem necesse est, vt de ea ferri sententia possit *dict. l. si iactum*, in iis verbis *incertum eius rei æstimandum est.* Non enim valeret sententia quæ sine certa quantitate proferretur *l. hæc sententia 3. & sequent. Cod. de sent. quæ sin. cert. quant. profer.* Et si quando contingat fieri condemnationem rei incertæ, puta eius quod interest, cuius quantitas ideò semper incerta est, quia quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de regul. iur. l. vltim. D. de prætor. stipulat.* Condemnationis tamen fieri taxationem oportet, vt certum fiat quod præstari debet, quoniam quod incertum esset præstari non posset *l. si traditio 4. in fin. Cod. de action. empt.* iunct. *l. 1. D. eodem.* Vnde fieri etiam puto, vt quamuis certi condictio ei demum competere dicatur qui certam pecuniam numeratam petit *l. 1. D. de condict. tritic.* perinde tamen competat ea actio ad petendum vinum, triticum, oleum, fundum, & alias res omnes certas etiam quę contineri nō possint appellatione pecuniæ numeratæ *l. certum est 6. d. l. certi condictio 9. l. vinū*

Digitized by Google

22.l.si quis certum 24.& pass. D.de reb.cred.l.vlt.D.de cōdict.tritic. quę lex quāquā posita est sub tit. De cōdictione triticaria tamē nō nisi ad cōdictionē certi pertinet, vt ostēdemus cùm de condictione triticaria paullò post tractabimus. Nimirum quia quicquid petitur condictione certi quæ semper stricta est, si non præstetur idipsum eo tempore quo petitur, id est quo litis contestatio fit, iudiciúmque accipitur, postea in æstimatione præstandum necessariò est, cùm iudex litem æstimare cogatur, & quidem tanti quanti res fuit eo tempore litis contestatæ, Nec minùs si de homine aut alia specie quàm si de merce agatur *d. l.vinum dict.l. vltim.l. 3. §. in hac. D. commod.l.hominem 37. D.mandat.* Et consequenter in pecunia numerata, quandoquidem æstimari res nisi per pecuniam non potest *l. si ita fideiussorem 42. D. de fideiuss. l. 1. D. de contr. empt. l. 1. D. de rer. permut.* Alioqui videretur præstari aliud pro alio & adiudicari si res ipsa petita in condemnationem deduceretur postquàm vel maioris, vel minoris æstimationis facta esset quàm contestationis tempore fuisset, cùm quale quid est cùm petitur, tale dari debeat *l.2.D.de vsur.* Tale autē non fit quod vel pluris vel minoris esse cœpit, licèt illud ipsum sit siue in specie siue in genere *l. quoties 59. & seq. D.de verb.oblig.* Nec verendum est ne actori fiat iniuria si pro merce vel specie quæ petebatur, lis æstimetur in pecunia: Aut ne fatuus iudex videatur si pro re petita condemnet reum ad æstimationem, vt *in l.vltim. C.de fideic. libert.* Cùm ita ferat natura condictionis certi quæ nihil nisi pecuniam numeratam persequitur, & voluntas actoris, qui licèt ab initio speciem aut mercem petierit, déque ea litem contestatus sit, Attamen post litem contestatam accipiendo iudicem sub formula condictionis certi, quæ non de re ipsa quę peti fuerat adiudicanda, sed de æstimanda lite *quanti res fuisset tempore litis contestatæ* concepta fuit, hoc ipso testatus est nolle se mercem ipsam aut speciem amplius consequi, sed præcisam æstimationem quæ fuerit eo tempore quo iudicium acciperetur, si non alio tempore dari res debuit aut alio loco, puta in diem certum, vel in alium locum promissa destinatáque solutione *d. l vlt.de condict.tritic.& d. l. vinum.* Si enim hoc agebat creditor, vt non æstimationem, sed rem ipsam sibi debitam consequeretur, non condictione certi agere debuerat sed triticaria, cuius ad hunc effectum nominatim vsus comparatus est, vt suo loco dicemus. Hoc enim obiter dictum sit de certi condictione generali, de qua *in dict. l. certi condictio.* Vt quiuis intelligat, non eo minùs certi condictionem esse quod per eam petatur rei æstimatio quæ plerunque incerta est quousque per taxationem certa facta sit. Sufficit enim vt petatur habita relatione ad certum tempus, quale est tempus litis contestatæ, quod semper præcedit dationem formulę, Ideóque dicitur tempus accipiendi iudicij non iam accepti *dict.l.2.§.quæsitum.D.de priuat.delict.* An ergo erit certi quoque condictio, tametsi petatur id quod interest. Cùm etiam id quod interest, certam æstimationem recipiat per taxationem? vt iam diximus. Minimè verò. Est enim propriè illa condictio incerti per quam agitur, ad id quod interest, aut ad factum aliquod, Cuius quoque non potest non incerta esse æstimatio, cùm in locum obligationis faciendi succedat præstatio eius quod interest *l.si quis ab alio 13.§.vltim. De re iudicat.l.quoties quis alium 81.l.stipulationes non diuiduntur 72. De verb. oblig.* Ideò autem condictio illa dicitur *incerti*, quia per illam neque certa, neque rei certæ æstimatio petitur, sed id quod interest aut factum ipsum, Nec ad pecuniam vllam numeratam certam condemnatur reus, sed ad illud ipsum quod interest, aut ad hoc vt fiat id cuius faciendi nomine conuenitur. Atqui condictio furtiua

ex ca-

ex earum actionum numero non est, per quas agatur aut ad id quod interest, aut ad factū. Competit enim præcisè ad dādam rem ipsam furtiuam, vel eius æstimationem *quanti plurimi*, In quo nihil penitus incerti est. Quonam igitur casu, obsecro, fieri potest vt furtiua condictio aliqua sit incerti? Responderet Cuiacius, Condictionem furtiuam certi eam esse, quæ soli domino competit aduersus non dominum *l. 1. D. de condict. furt.* Consequens igitur esse vt condictio quæ datur etiam non domino, adeóque aduersus dominum ipsum, qualis illa est, quæ competit creditori subrepto pignore, non possit dici condictio furtiua certi. Ergo incerti. Sic enim ratiocinatur vir doctissimus ad Papinianum *in d. l. si pignore*. Certè parum subtiliter, Prius enim probandum esset quod nos negamus, Condictionem illam incerti esse furtiuam, quàm vt ex eo inferri possit, Condictionem aliquam furtiuam esse incerti. Nam quod Cuiacius fatetur, & verum est, condictionem certi furtiuam non dari nisi domino, & persecutionem esse ipsius corporis furtiui, Sicuti probat optimè Condictionem quæ datur creditori non esse condictionem furtiuam certi, Ita probat etiam nec minùs benè, Condictionem illam non esse furtiuam, cùm non magis habeat qualitates condictionis furtiuæ, quàm condictionis furtiuæ certi. Nisi fortè cætera etiā omnia quæ de condictione furtiua generaliter scripta sunt, tam *in tit. De condict. furt.* quàm aliis iuris locis ad condictionem illam certi restringere volumus, Quasi sint omnia differentia in furtiua condictione incerti: Quod si ita est, dicamus igitur, Duplicem esse condictionem furtiuam: Vnam quæ odio furum comparata sit, de qua *in dict. §. sic itaque. Inst. de action.* Aliam quę non odio furum. Nec enim alia furum odio comparata est, quàm quæ contra iuris regulas datur domino vt intendat rē suam dari sibi oportere: Cuiusmodi non est illa quæ creditori datur cui pignus subreptum fuit, cùm detur non domino, nec concurrat cum vindicatione, quæ scilicet numquam accommodatur nisi ei qui dominium habeat vel iure gentium vel ciuili *l. in rem 23. & pass. D. de rei vindic.* Dicamus rursum, duplicem esse condictionem furtiuam, Vnam per quam consequitur actor æstimationem quanti plurimi nulla eius quod præterea interest, habita ratione. Alteram per quam consequitur id quod sua interest, relata condemnatione ad summam debiti vel pignoris, non ad æstimationem quanti plurimi. Item alio respectu duplicem, Vnam quæ furem furisque heredē obliget periculo rei furtiuæ etiamsi rem illam perimi & extingui contingat, Alteram, in qua nihil tractandum sit de periculo, quia id quod per eā petitur perire non possit, puta cùm petitur id quod interest quod in pecunia numerata & in genere cōsistit, ideóq; perire nūquam potest. *l. incendium 11. C. si cert. pet.* Deniq; secundū hanc duplicis condictionis furtiuæ cōmentitiam distinctionē dicendū erit, Omnia quæcūque scripta de certi cōdictione furtiua legimus, de ea sola accipi debere, quæ sit certi, De alia verò quę sit incerti, nihil tale penitus. Ita fiet vt cùm semper latiùs pateāt ea quæ incerta sunt quàm quæ certa. Debuerint prudētes nostri multò diligentiores esse in tradendis iis, quæ ad furtiuā incerti cōdictionē pertinēt, quàm in explicandis iis quæ ad cōdictionē certi. Et tamē nuspiā proditū quicquā legimus de condictione incerti furtiua, si locū illū vnicum excipias de quo disputamus, *l. & ideo 12. §. Neratius D. de cōdict. furt.* qui locus etsi positus est sub tit. De cōdictione furtiua, nō ideò tamē cōsequēs est vt de cōdictione furtiua intelligi debeat: Cùm expressim Paul. ex Aristone & Neratio cōdictionē incerti dixerit, nec meliùs aut apertiùs quàm eo nomine potuerit exprimere nō esse illā cōdictionē furtiuā: quippe quæ sēper est certi: nō minus quàm legis Aquilię q̄ cōtra

occisorē datur ad æstimationem semper quanti plurimi, & tamen semper certi est condictio, numquam incerti *d.l. certi*, vbi in exemplis cōdictionis certi proponendis actio legis Aquiliæ & condictio furtiua iunguntur.

ERROR SEXTVS.

De condictione possessionis. De condictione incerti.

SED quid esse potuit quod virum doctissimum mouerit vt tā improbabilem, & anteà inauditam duplicis condictionis furtiuæ distinctionem comminisceretur? Puto ego huic commento causam dedisse primùm pertinaciam, qua conatus ille est defendere alium errorem illum in quo perstitit semper, Quod condictio furtiua sit quodammodo pœnalis, vt eo argumento probaret aliam probationem æquè falsam, Quòd furtiua condictio non detur in solidum contra furis heredem sed tantùm de eo quod peruenit: quemadmodū iam diximus. Sed tamen ex eo quoque errandi occasionem sumpsisse illum credibile est, quod vidit Per cōdictionem furtiuam condici posse etiam possessionem. Sic namque scriptum est *in l.2. D.de condict. tritic. & in l.verum est 25. D. de furt.* Existimat nimirum possessionē etiam rei certæ ac furtiuæ esse quid incertum quia nec cerni oculis, nec digito tāgi possit, ideóque poni soleat inter eas res quas dicimus incorporales, de quibus *in l.1. §.vlt. D.de rer. diuis.* Et consequenter certi eam condici non posse. In quo rursum, meo iudicio, valde fallitur. Neque enim fieri potest vt rei certæ possessio sit incerta, Cùm possessio, siue à pedibus, siue à sedibus dictā velis, tota ferè corporis sit, & ex corpore æstimetur licèt sit etiam iuris *l.possessio 44. §.1. D. de acquir. poss.* Quòd si quis incertam eam velit dicere, ob id solùm quòd iuris quoque sit ex parte, & plurimùm ex iure mutuetur, vt loquitur Papin. *in d.l. possessio in prin.* facies vt multò magis, cuiusq; rei dominiū incertū dici debeat, quia totū in iure cōsistit, & cerni oculis vel tangì multò minùs quàm possessio pōt, nec quicquā cōmune habet cū possessione, vulg. *l.naturaliter 12. §.nihil commune & l.pen. eo. tit.* Ita fiet vt certi condictio numquā competitura sit neque ratione dominij, neque ratione possessionis contra id quod Vlpianus scribit *in l.vbi autem 75. §.vltim. D.de verb. oblig.* si ratiocinatio ista quam refellimus bona est. Verùm ne bona sit illud facit, quòd condictio certi non sic appellata est quòd pro re certa competat vt vulgo creditur, sed quia semper competit ad pecuniam numeratam, quæ cùm numerata sit, non potest non esse certa. *d.l.1. in princ. De condict. tritic.* Qui sensus est Vlpiani *in d.l. certi condictio*, cùm ait Certi condictionem ex omni causa competere, & ex omni obligatione ex qua certum petitur, siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto. Nam cùm incerti contractus ij demum dicantur, in quos res incerta deducta est, vt ex iis constat quæ de certis & incertis stipulationibus tractantur *in l.stipulationum 74. & seq. De verb. oblig.* Apparet non posse dari condictionem certi ad rem certam ex contractu incerto, sed tantùm ad rem incertam, Nisi quòd non agitur ad rem ipsam incertam consequendam, sed ad ipsius preciū, quod semper certum est quia consistit præstandúmque est in pecunia numerata. Itaque qui promisit triticum aut vinum in genere, aut etiam si voles triticum Africum, aut vinum Campanum nō optimum, sed bonum, licèt incertum quid promiserit, & eo contractu quem idcirco

incertum

incertum esse negari non potest *d.l.vbi autem 75.in princip.& §.1.eod.* certi tamẽ condictione rectè cõuenietur *d.l.vinum 22.D.de reb.cred.d.l vlt. D. de condict. tritic.* nimirum quia per eam actionem conuenitur, non vt præstet vinum & triticum, sed vt lis de vino & tritico ipso contestata tanti æstimetur quanti triticũ vel vinum fuerit tempore contestationis. Enimuerò possessionis furtiuæ condictionem non minùs certi condictionem esse, quàm si res ipsa furtiua condiceretur, apparet non obscurè, vt puto ex *d.l.verum est 25.de furt.* vbi postquàm dixit Vlpianus, verum esse quod plerique probant, fundi nomine furti agi nõ posse, Subinde quærit, si quis de fundo vi deiectus sit an condici ei possit qui deiecit, Quæ quæstio haud dubiè est de condictione furtiua quam concurrere certũ est cum actione furti & Vi bonorum raptorum *dict.§.sic itaque & §.ex maleficiis Inst.de act.l.si pro fure 7.§.1. D.de condict.furt.l.2.§.penult.& vlt. D. vi bonor. rapt.* Et ait, negasse quidem Labeonem cõdictioni in hac specie locum esse. Sed Celsum rectius putare, posse condici possessionem, quemadmodum potest, inquit, re mobili subrepta. Cùm verò eadem Celsi sententia extet relata latiùs ab eodem Vlpiano *in l.2. De condict.tritic.* Sic intelligenda sanè est vt non tãtùm possessionem fundi cõdicere possit is qui vi deiectus est, sed etiam fundum ipsum, quod Sabinus primus aduersus Labeonem disputauit, Verùm hoc ita si dominus sit qui deiectus condicat, Nempe quia condictio furtiua de qua ibi agitur, vt & *in §.vlt.legis præcedentis* soli domino competit. Sed tamen ita vt quatenus competit latiùs pateat, quàm actio furti, nec possit bona esse consecutio qua Labeo nitebatur, vt quia fundi nomine agi furti non potest, nec fundi nomine condictio dari debeat: quamuis difficile sit vt ea condictio furtiua dici debeat si fundus qui condicitur furtiuus dici non potest. Sed vtut sit est illa tamen furtiuæ proxima & simillima, ac sicuti furtiua, in odium raptoris, qui fur improbior dicitur, cõparata quò pluribus etiam contrariis & incompatibilibus actionibus teneatur *l.siue manifestus 10. §.1. D.de condict.furt.l.2.§.penult. & vltim. D.vi bonor.raptor.* Quid ergo si is qui de fundo vi deiectus est, dominus fundi non fuerit? Nullomodo poterit condicere, quia nec si res mobilis vi abrepta esset cuius furtũ fieri potuisset, condictionem tamen furtiuam habere posset, Dabitur tamen ei cõdictio possessionis eius fundi, quia dominus possessionis fuit. Est enim quoddã possessionis dominium vt & aliarum rerum omnium, etiam incorporalium *d.l.1.§.vlt.De rer.diuis.* quod dominium possessionis necesse est reperiri penes eum qui vi deiectus est, quoniam in interdictis, præsertim Vnde vi & Vti possidetis vera possessio probanda est, non ea quæ sit nuda, & vt vocant, asinina detẽtatio. *l.officium 9.D.de rei vindict.* Proinde si ponas vi deiectum esse de fundo eum qui antea non possidebat sed tantùm erat in possessione, puta ex causa cõductionis, Negabo dandam ei condictionem, ne quidem possessionis in qua erat, quia dominus possessionis dici non potest qui numquam verè possedit, licet fuerit in possessione, quod longè diuersum est *l.si quis ante 10.D.de acquir.poss.* Idémque est in creditoribus missis in possessionem rei tantùm seruandæ causa. Nam nec hi possident licèt in possessione sint, ita vt possessionis ipsius nõ tam dominium quàm possessionem habere videantur *l.3.§.creditores D.vti possid.& dict.l.si quis ante.l.cùm legatorum 12.D.quib.ex caus.in poss.eat.* Cæterùm quæ condictionis species competit fundi domino qui vi deiectus est, scilicet ad fundum ipsum condicendum, Eadem illa sanè est quam Celsus putabat dandam non domino ad possessionem, Ergo vtraque cõdictio certi. Nemo enim vnquam dixit certũ fundum condictione incerti peti debere. Nec distinguebat Celsus cõdictiones

Digitized by Google

ſed tantùm caſus illos, An qui deiectus vi eſſet de fundo, antea dominus fuiſſet an non, vt priore caſu poſſet etiam fundum condicere, poſteriore verò non niſi poſſeſſionem. Idémque apparet euidentiùs ex *d.l.verum eſt*, Vbi Vlpianus, quod ad condictionem hanc pertinet, comparat fundi, ex quo quis vi deiectus ſit, poſſeſſionem cùm re mobili abrepta, id eſt cũ poſſeſſione rei mobilis, cuius rei dominus non fuerit, ſed poſſeſſor tantùm is cui abrepta eſt. Vt nimirum vtroque caſu eadem condictiõ competat, quam tamen certum eſt non aliã eſſe poſſe quàm condictionem & furtiuam & certi, cùm rei mobilis furtum verè ac propriè fiat, ſiue per vim abrepta ſit, ſiue citra vim, licèt condictio competat ſolius poſſeſſionis. Fatendum igitur eſt ex Celſi & Vlpiani ſententia, Tum quoq; cùm fundi poſſeſſio raptori condicitur, eſſe illam certi non incerti condictionem: quia & eo caſu æſtimanda lis eſt in pecunia numerata, non minùs quàm ſi fundus ipſe condiceretur, Niſi quod aliud eſt precium fundi, aliud poſſeſſionis *d.l. 3.§.vlt.D vti poßid.* Quòd ſi actor ideò condicat poſſeſſionem vt illam ipſam nõ vt eius æſtimationem habeat, Erit quidem illa condictio non certi ſed triticaria *d.l.1.§.vlt.& l.2.De condict.tritic.* at non quaſi detur ad rem incertam vt malè putat Cuiacius, ſed quia non datur hoc caſu ad pecuniam numeratam, quod in condictione certi omnino neceſſarium eſt *d. l. 1.in princip.* Et ideò non ob id magis dicenda erit condictio incerti, cùm per eam nihil incertum petatur. Nõ enim condictio incerti opponitur condictioni certi tanquam contradictoria, ſed tanquam diuerſa, ne dicam contraria, Cùm bona non ſit conſecutio, ſi quis dicat Condictionem aliquam eſſe incerti ob id ſolum, quòd non ſit certi. Triticaria enim condictio eſt, & tamen neq; certi, quia non datur ad pecuniã, neque incerti cùm datur ad rem certam: puta ad fundum Tuſculanum, aut fundi poſſeſſionem. Quamquam non video cur condictionem illam incerti, quam prudentes dederunt creditori pro ſubrepto pignore, Cuiacius ideò incerti eſſe putet, quòd ſit condictio poſſeſſionis, Cùm nulla poſſeſſionis mentio fiat iis locis quibus mentio fit huius condictionis, id eſt *in d.l. & ideo 12. §. Neratius. D.de condict.furt.* & *in d. l. ſi pignore 22. D. de pignor.act.* Nec dubitandum certè eſt, quin condictio incerti dicatur, quia non ad aliud datur, quàm ad id quod intereſt creditoris, quod ſemper incertum eſt. Idque ita eſſe intelligimus etiam ex eo, quod cùm creditor cui pignus ſubreptũ eſt, agit furti ſiue ad duplum, ſiue ad quadruplum, non æſtimatio poſſeſſionis duplatur aut quadruplatur, ſed id omne quod intereſt creditoris, facta relatione non tantùm ad ſummam debiti & vſurarum eius, ſed ad valorẽ ipſius pignoris *l.creditoris 15.D.de furt.* Scilicet cùm pignoris furtum non à debitore ipſo, ſed ab extraneo factum eſt *l.creditori 87. eod.* Conſequens enim eſt vt ſimplum quod in actione furti duplatur, aut quadruplatur, & quod tamen non per actionem furti, ſed per propriam illam incerti condictionem petitur, non ſit nuda poſſeſſio pignoris, aut æſtimatio poſſeſſionis, ſed quanti intereſt creditoris. Alioqui duplanda vel quadruplanda eſſet pignoris poſſeſſio ſola, id eſt poſſeſſionis æſtimatio, ſi in actionem quæ ad ſimplum competit, hoc eſt in illam condictionem incerti ſola poſſeſſio veniret.

ERROR SEPTIMVS.

De ſententia & emendatione l. heres 21. D. ad SC. Trebell.

SCAV-

SCRVPVLVS tamen vnus tollēdus est, quem inducere fortasse quis velit ex Marciano *in l. qui exceptionem 40. §. si pars domus D. de cōdict. indeb.* vbi ait, si pars domus quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, & heres sua impensa eam refecerit, deducendā quidē esse impensam ex fideicommisso, Sed si sine deductione domū tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit, quod & scriptum est *in l. quòd si nulla 60. de leg. 1.* Nā in hac specie non alterius rei quàm possessionis condictionem competere, vulgo creditum est *ex l. heres 21. D. ad SC. Trebell.* vbi Pomponius tractans de herede qui debuerat quartam ex hereditate fideicommissaria retinere, & tamen totam restituerat, nec sibi cauerat stipulatione proposita edicto illo prætoris Si cui plusquàm per leg. Falcid. scribit ex Aristonis sententia, similem nō esse illis qui retentiones quas solas habent omittunt, & quibus idcirco post amissam retinendi facultatem nullo alio modo prospici potest vt in specie *l. si in area 33. D. de condict. indeb.* [sic enim legendum esse addita negatione aut mutata dictione *eum* in *non* sequentia omnino demonstrant.] Sed posse eum rerum hereditariarum possessionem repetere vel nancisci, & aduersus agentem doli mali exceptione vti: Posse eum & debitoribus hereditariis denūciare ne ab iis solueretur. Nam & sic quoq; postremam huius legis clausulam interpungendam arbitror. Ergo ex horum coniunctione locorum putare quis possit condictionem possessionis esse condictionem incerti, Sed respondēdum est in duabus his speciebus, Non possessionis condictionem dari, sed vt Marcianus loquitur Condictionem incerti, sic dictā nō quia per eā possessio quasi quid incertū cōdicatur, licèt verū sit ea condictione assequi heredē vt repetat possessionē traditā rerum fideicommissariarū. Sed quia per eā agitur ad factū, id est vt hereditas aut domus per heredē restituta, retrotradatur heredi ad hoc vt possit vel quartā partē hereditatis vel impensas in rē fideicōmissariā factas iure deductionis aut retentionis seruare. Quemadmodū benè Accursius explicat *ad l. sed etsi me 22. §. 1. per ill. text. D. de condict. indeb.* vbi Pomponius scribit, Si cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradiderim, posse me incerti condicere vt iter mihi concedatur, id est vt retrotraditum mihi fundum non aliter posteà cogar tibi tradere, quàm vt me iter excipere patiaris. Retrotraditio enim sicut & traditio facti est *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios.* Quicquid autē facti est semper incertū est, & antequàm fiat quia in pendēti est an fiet, & postquàm certum esse cœpit factum non esse, nec fieri amplius posse, quia eo tempore succedit præstatio eius quod interest cuius quantitas semper incerta est, vt iam toties diximus *ex l. si quis ab alio 13. §. 1. D. de re iudic. l. quoties quis alium 81. & l. stipulationes non diuid. 72. De verb. oblig.* Nec potest euenire hoc casu quod euenit in condictione certi vt lis per sententiam æstimetur quāti res fuit tempore litis cōtestatæ, aut quāti exinde plurimi si condictio sit furtiua. Ipsum enim factum in sententiam & cōdemnationem deducendum est, non facti æstimatio, ne ad aliud condemnetur debitor quàm ad illud ipsum quod promisit, quandiu scilicet purgari mora potest *l. si insulam 84. eod.* Nam cùm purgari posse desiit, atque ita iam successit necessitas præstandi eius quod interest in pecunia numerata, certi condictio locum habere incipit, si appareat interesse, licèt descendat ex contractu incerto, *dict. l. certi 9. D. de reb. credit.* Inauditum quidem est vt certi condictio detur ad factum. Sed non est nouum, vt ob non factum id quod fieri debuit, agatur certi condictione ad pecuniam numeratam, facta scilicet æstimatione

vel taxatione eius quod interest. Hoc enim addendum est, ne quis nos putet cõtra id quod suprà scripsimus, existimare posse id quod interest vnquam peti per certi condictionem. Id enim ne fieri possit, illud semper impedimẽto est, quod nesciri certò potest non solùm quatenus intersit, sed neque an intersit quicquã, donec actor probauerit sua interesse *d. l. vlt. De præt. stipulat. d. l. quatenus 24. de reg. iur.* In quo valde differt æstimatio eius quod interest ab æstimatione rei alterius cuiuslibet non modò certæ sed etiam incertæ puta tritici, vini, obligationis, vsusfructus. Etsi enim vtrique æstimationi commune illud est quod cõsistit in pecunia numerata, Istarum tamen rerum omnium quamuis incertarum aliquam re vera esse æstimationem certum est, licèt quænam & quãta ea sit nesciatur ante factam taxationem: quia fieri nequit vt eius rei quam certum est aliquam esse nulla sit æstimatio: At eius quod interest non tantùm nulla est certa æstimatio, sed neq; certum est an aliqua sit antequàm actor probauerit sua interesse, quia nec certum est an quicquam intersit. Denique pendet id ex futuris probationibus quæ semper sunt incertæ, non etiam cuiusque rei valor, qui radices & fundamentum habet in re ipsa. Inde igitur fit vt quotiescumque vel ad factum agitur, vel ad id quod interest, necessaria sit condictio incerti *l. ob eam causam 9. & pass. De præscr. verb.* Quæ etiam ratio est eius quod Iulianus scribit *in l. 3. De condict. sin. caus.* eos qui sine causa obligati sunt nõ aliter quàm per incerti condictionem assequi posse vt liberentur, Nẽpe quia vt eadem lex ait, non aliter quàm per acceptilationem ea liberatio potest contingere, Acceptum autem ferre, facti est, Proinde agit ad factum, quisquis ad hoc agit, vt debitum accepto feratur. Alia causa est eius qui sic accepto liberatus est vt ex ea tamen causa condictione teneatur. Interdum enim condictio incerti ei necessaria est, Nimirum si velit agere ad id quod sua interest, vt *in l. ob eam causam*, Secundũ quã puto accipiẽdum esse quod scriptum est, *in l. 4. D. de condict. caus. dat.* Interdum verò potest sufficere condictio certi, puta si malit condicere pecuniam, quæ debebatur, *l. si mulier 10. eod. tit.* vbi rationem Iauolenus perelegantẽ reddit, quod nihil intersit vtrum ex numeratione pecunia ad aliquem sine causa, an per acceptilationem peruenerit. Cæterùm si neque ad factum agatur, neque ad id quod interest, sed ad solam possessionem, condictio certi locum habet non incerti, Vt præter ea quæ iam disputauimus, constat certissimè *ex l. indebiti 15. §. 1. D. de condict. indeb.* Idq; etiam Accursius noster bene vidit, Quemadmodum & illud quod Cuiacius videre noluit, Condictionem de qua *in d. l. si pignore 22. D. de pignor. act.* furtiuam nõ esse, sed condictionem incerti, qualis esse furtiua nũquam potest, quippe quæ nec ad faciendum, nec ad id quod interest vnquam competit, sed semper ad dandam rem ipsam præcisè aut eius æstimationem, ac proinde semper pro re certa, & ad rem certam. Hæc nos paullò aliter & minùs benè explicauimus *in Err. vlt. Decad. 26.* Decepti potissimùm ex corrupta lectione Pomponij *in d. l. heres 21. D. ad SC. Trebell.* quæ habet, Heredem grauatum de restituẽda hereditate qui cùm posset quartam retinere, totam hereditatem per errorẽ facti restituit, nec cauit sibi proposita stipulatione Prætoria, Si cui plus quàm per leg. Falcid. similem esse illis qui retentiones quas solas habent, omittunt. Quod si verè diceretur, vtique condictionem & repetitionem nullam haberet quam nec habent cæteri qui per solam retentionem prospicere sibi potuerunt, nec prospexerunt *d. l. si in area 33. D. de condict. indeb.* Atqui, falsum est non habere condictionem hunc heredem, cùm idem Pomponius ex eiusdem Aristonis sententia quem prioris sententiæ authorem laudauerat, statim subiiciat

ciat, Posse illum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci, & aduersus agentem doli mali exceptione vti si agens non consentiat vt quarta retineatur. Illo enim verbo *posse* non dubito quin nō tam factum, quàm ius significetur, quia nec posse quisquam creditur id quod iure non potest *l. filius 15. D. de condic. instit.* Idque apparet manifestè, Non solùm ex eo quod in sequenti & postrema legis clausula illa *Posse eum & debitoribus denunciare ne soluerentur* eodem sensu verbum *posse* necessariò accipiendum est, cùm nullius momenti sit denunciatio ab eo facta, qui denunciandi ius nullum habuit *l. 2. C. de bit. vendit. pign. imped. non poss. l. tutor. vrgentibus 47 in princip. D. de minor.* Sed etiam ex duobus illis verbis alternatiuè & disiunctim positis *rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci.* Verbum enim *repetere* ad ius refertur, *nancisci* autem ad factum. Quando fieri possit vt quis nullo iure possessionem corporalem nanciscatur, vt verò repetat, non item. Actione enim aliqua vel saltem interdicto aliquo est opus ad repetendam possessionem. Nec sanè verum esse potest, quod Aristonem sensisse volunt, heredem hunc qui quartam quam retinere poterat ex hereditate restituenda non retinuit, similem esse illis qui retentiones quas solas habent, omittunt: Siquidem negari non potest quin etiam post restitutam hereditatem directas actiones retineat, quarum vi potest non solùm denunciare debitoribus hereditariis ne soluant, vt scriptum est *in d. l. heres,* sed etiam ab ipsis exigere nisi se tueantur illi exceptione restitutæ hereditatis *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod. tit. l. si heres 70. in princip. eodem.* Quibus remediis potest vtique sibi prospicere si modò tantum sit in nominibus hereditariis quantum ad quartam satis esse possit. Idem quoque probat contextus verborum Pomponij per aduersatiuam illam dictionem conceptus, *sed posse eum &c.* quæ aduersatiua dissimilitudinem manifestam ostendit non similitudinem, vt & *in l. si pupillus 45. D. de admin. tuto.* in illis verbis *non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfecit.* Ergo cùm sint ista contradictoria nec simul stare possint, vt heres qui potuerat quartam retinere, nec retinuit, similis sit illis qui retentiones quas solas habent, omittunt, Et vt possit rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci & postmodum vti exceptione doli, Itémque vt possit debitoribus hereditariis denunciare ne soluant, cùm tamen neque talibus, neque aliis vllis remediis prospici possit iis qui retentiones quas solas habebant omiserunt, Fatendum necessariò est quod ante hunc diem non obseruaueram corruptam esse sententiam Pomponij & Aristonis, conceptam affirmatiuè in verbis *similem eum esse Aristo ait,* at negatiuè potiùs concipiendam hoc modo *similem eum non esse,* aut quod fuerit probabilius mutata dictione *eum* negationem, quæ totidem non modò literis, sed etiam lineis constat. Et sanè dici non potest cur heredi qui domum fideicommissariam in quam impensas necessarias aut vtiles fecerat restituit sine vlla impensarum deductione, dari debeat condictio incerti ad hoc vt restituta domus retro restituatur, vt possit ille per oppositam doli exceptionem vti deductione *dict. l. qui exceptionem 40. §. si pars D. de condict. indeb. d. l. quòd si nulla 60. De legat. 1.* Heredi verò qui totam hereditatem fideicommissariam restituit nulla per errorem facti deducta quarta quam deducere & retinere poterat, nullaque de eo interposita stipulatione ex edicto, Si cui plusquàm per leg. Falcid. eadem incerti condictio danda non sit ad hoc vt tota ipsa hereditas iam restituta retrorestituatur, & quarta tandem retineatur. Ponimus enim omissam quartæ retentionem ab herede non vt plenius obsequium & vberiorem fidem præ-

ſtaret voluntati defuncti, quo certè casu non poſſet ex pœnitentia vllam quartæ retentionem implorare *l. debitorem 20. iunct. l. præced. D. quæ in fraud. credit. l. 5. §. ſi quis rogatus ſit. D. de donat. int. vir. & vxor. l. 1. C. ad leg. Falcid.* Sed per errorem facti, cùm fortè putaret, adhuc penes ſe remanſurum aliquid quod ad quartam retinendam ſatis eſſet. In qua ſpecie non minùs verum eſt plus debito ſoluiſſe illum videri, quàm ſi domum fideicommiſſariam in quam impendiſſet æquè per errorem reſtituiſſet ſine vlla impenſarum deductione *d. l. 1. C. ad leg. Falcid. l. regula 9. §. ſi quis ius ignorans D. de iur. & fact. ignor.* Sed etſi verum amamus, longè maior ratio eſt vt heredi condictio incerti detur in ſpecie *d. l. heres,* quàm in ſpecie *d. §. ſi pars, & d. l. quòd ſi nulla,* quia quod per errorem ſolutum fuit indebitum ex cauſa fideicommiſſi, facit vt fideicommiſſum ipſum totum repeti poſſit *d. §. ſi quis ius ignorans.* Fideicommiſſum autem totius hereditatis reſtitutæ cùm ſit quid vniuerſale ac in iure cõſiſtens, multò incertius quiddam eſt quàm ſit domus vna hereditaria fideicõmiſſo ſubiecta. Multò igitur magis admittit condictionem incerti, cùm totum ipſum fideicommiſſum cuius quãtitas non poteſt incerta non eſſe reſtituendum ſit, Quemadmodum è contrario ſi quid vel minimum ex fideicommiſſo reſtituendo deſit quod reſtitutum non ſit, totum fideicommiſſum peti poteſt ac ſi nihil adhuc reſtitutum eſſet *l. debitor 59. verſic. neque fideicommiſſum quaſi minus reſtituerit rectè petetur eod. tit. ad SC. Trebell. l. 5. §. ſi quis rogatus in fin. D. de donat. int. vir. & vxor.* Nam & hereditas tota petitur ab eo qui rem hereditariam vel minimam poſſidet *l. regula iter 9. & ſeq. D. de petit. hered.* Vt appareat quotieſcunque hereditas ſiue directa, ſiue fideicommiſſaria petitur, incertum quid peti & vniuerſale, Et conſequenter cùm repetitur incertum quid repeti, ideòque ex ea cauſa non certi condictionem ſed incerti habere locum debere.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & emendatione l. 2. C. rer. amot. & cur actio rerum amotarum conſtante matrimonio non competat, Et ad l. vlt. §. vlt. C. de furt.

DECEPIT Iacobum Cuiacium inter cætera vt putauerit actionem rerum amotarum ſaltem aliquomodo famoſam & pœnalem eſſe, quod ſcriptum, & reſcriptum ab Imperatoribus vidit *in l. 2. C. rer. amot.* Diuortij cauſa rebus vxoris à marito amotis, vel ab vxore mariti, rerum amotarum edicto perpetuo actionem permitti: aut vt Cuiacius legendum exiſtimat & melius *promitti.* Conſtante etenim matrimonio, inquit lex, neutri eorum neque pœnalis, neque famoſa actio competit, ſed de damno in factum actio datur. Quam rationem ſic accepit vir doctiſſimus poſt omnes cæteros, quaſi eò pertineat vt ſciamus cur actio rerum amotarum non habeat locum inter coniuges conſtante matrimonio. Hoc autem admiſſo fatendum eſt, vel ineptam eſſe rationem, & quæ nihil cum dicto commune habeat, vel ex ea probari non malè quod vult Cuiacius etiam olim Accurſius noſter fateri coactus eſt, actionem rerum amotarum aut pœnalem, aut famoſam eſſe: quorum tamen neutrum verè dici poſſe tam multis clariſque argumentis probauimus in præcedentibus, vt nec ab ipſis Imperatoribus contrarium

trariam ſententiam nobis perſuaderi facilè paſſuri eſſemus, ſi contra nos illi pro Cuiacio decertarent. Itaque puto longè alio ſenſu eam rationem ab Imperatoribus allatam fuiſſe, Nimirum vt docerent, Non cur actio rerum amotarum non detur conſtante matrimonio, ſed cur detur ſoluto: Aut quod idem eſt, Cur neceſſe fuerit edicto prætoris induci & permitti ſingulare iudicium rerum amotarum ob res diuortij cauſa amotas, & diuortio demum ſecuto, cùm furti actio & condictio furtiua iure communi ſufficere in hanc rem videretur. Ratio autem licèt aliis verbis concepta, eiuſdem tamen ſenſus eſt, cuius & illa quæ ex Caio proponitur *in l.2. D. eod.* quòd in honorem matrimonij turpis actio denegetur. Vtriuſque enim ſenſus ille eſt, Licèt conſtante matrimonio furtum fiat coniugi à coniuge, non ideò tamen furti actionem ex ea contrectatione naſci, quæ famoſa & pœnalis eſſet actio, Et idcirco nec ſi diuortium poſtea ſecutum ſit, agi tamen poſſe furti, cùm actio quæ ex delicto naſcitur, ſi non ab initio competat & ab eo primùm inſtanti quo delictum admiſſum eſt, poſtea competere nunquam poſſit, Conſequenter neceſſariam fuiſſe in eam rem actionem rerum amotarum quam Prætor edicto ſuo pollicitus eſt, non vt conſtante adhuc matrimonio exerceri poſſet, ſed vt eo tantùm ſoluto: quoniam alioqui nulla pro furto quod matrimonij tempore factum eſſet, actio competeret, non modò ad vindictam, ſed neque ad indemnitatem ei ex coniugibus præſtandam qui furtum paſſus fuiſſet, Niſi quòd daretur ei vindicatio concurrentibus his duobus, vt & coniux qui amouiſſet poſſideret, & is cui res amotæ fuiſſent dominum ſe probaret. Quæ probatio vtrâque valde difficilis plerumque eſt, Nec rurſus fuit coangustandum auxilium iuris ad eum ſolum caſum quo amotæ eſſent res, quæ fuiſſent in iure ac dominio coniugis. Cùm non magis licere debeat coniugi alias res amouere quæ ſint alienæ, præſertim ſi ex ea amotione futurum ſit vt damnum aliquod coniunx ſentiat *l.ſi concubina 17. §.vltim. l.ob res amotas 24. D.rer.amot. l.vltim. §.vlt. C.de furt.* Fuit ergo in hanc rem neceſſaria ſingularis actio rerum amotarum, & ſingulare iudicium, vt vocat Iureconſultus *in l.1. ill. tit.* Sic dictum quod cùm actio furti & condictio furtiua contra furem quemlibet furiſque heredem competat, actio tamen rerum amotarum non inter alios datur, quàm qui coniuges fuerunt. Verùm illa ſemper dubitatio manet, Cur non igitur competat actio rerum amotarum etiam conſtante matrimonio ſi neque pœnalis, neque famoſa illa eſt: Cùm alioqui futurum ſit vt furtum impunitum remaneat, & in damno moretur ille ex coniugibus cui res amotæ ſunt, etiamſi probet amotas, niſi probet etiam diuortij conſilio amotas fuiſſe: Adeòque tametſi probet amotas eſſe animo & conſilio diuortij, niſi diuortium ſecutum quoque ſit *l.rerum quidem 25. D.rer.amot.* Augetur dubitatio ex eo, quod ſerui corrupti nomine actio cõiugi quoq; aduerſus coniugẽ datur etiam conſtante matrimonio *l.vlt. D. de ſeru.corrupt.* quæ tamen actio ſui natura & pœnalis eſt cùm proponatur in duplum eius quod intereſt *l.ſi quis ſeruum 9. §.datur l.vt tãtum 14. in hac actione eo.tit.* & ſi non infamis, ſaltem turpis *l.nec quicquam 56. D.pro ſocio.* Habet enim cauſam valde proximam & ſimilem ei quæ parit furti actionẽ *l.Neratius 11. §.quamquam D.de ſeru. corrupt.* Item ex eo quòd pro damno dato inter coniuges actio legis Aquiliæ competit ex tertio ſaltem capite, Puta ſi cùm maritus vxori margaritas extricatas & exalum inatas dediſſet in vſum, eas illa inuito vel inſcio marito perforaſſet, vt iis pertuſis vteretur. Hanc.n. Vlpianus ſcribit teneri lege Aquilia, nõ ſolùm ſi diuerterit, ſed etiãſi nupta ſit adhuc, *in l.ſi ſeruus ſeruũ 27. §.ſi cùm maritus 30. D.*

Digitized by Google

ad leg. Aquil. quam tamen actionē legis Aquiliæ etiam ex tertio capite cōstat, licèt famosa non sit, pœnalē esse propter repetitionē triginta dierum in æstimanda re in qua damnū datū est *§.illud palam* iunct. *§.his autem verbis.Instit.de leg. Aquil.l.qui seruum 34.in fin.D.de oblig.& act.* Quidni ergo etiā cōstāte matrimonio detur actio rerum amotarum inter cōiuges quam nos defendimus & verissimè si quid in iure nostro verū est, neq; pœnalē vllomodo, neq; famosam esse? An fortè propter promiscuum vsum vt Castr.loquitur *ad d.l.vlt.§.vlt.C.de furt.* quē habet mulier non earum duntaxat rerum quæ sunt in dominio mariti sed aliarū etiam quas maritus ipse habet in vsu? Ita credi possit, quasi mulier nō tā furādi animo, quàm iure quodā familiaritatis & illius societatis quæ per matrimonium contrahitur, res mariti contrectare videatur quādiu in matrimonio manet, necdum de diuortio cogitat, Exemplo eius quod dicimus, eum qui rei communis partem habet si ea re vtatur, iure potiùs suo vti quàm furti cōsilium inire videri *l.meritò 51.D.pro socio.* Et creditorem qui rem sibi pignoratam aufert, non videri contrectare sed pignori suo incumbere *l.cùm creditor 55.D. de furt.* Verùm quamuis non negem in dubio præsumptionem illam capi posse ac debere vt delicti suspicio euitetur, Fieri tamen facilè potest vt admissum contrariam voluntatem declaret, quemadmodum loquitur Vlpianus *in l.si quis extraneus 21. D.de acquir. hered.* puta si quod subripuit & expilauit mulier in domum alienam intulerit, aut etiam distraxerit, eiúsq; pretium aut liberis ex alio matrimonio susceptis, aut alicui ex agnatis cognatisve aut inuito aut saltem inscio marito dederit. Quibus casibus cùm furandi & contrectandi animus non sit obscurus, nihil iure familiaritatis factum dici potest. Alioqui nec secuto diuortio competere posset actio rerum amotarum, si reuera furtum constante matrimonio factum non esset, Nos autem quærimus, Cur eo ipso casu quo actio rerum amotarum competit soluto per diuortium matrimonio, non competat etiam illo adhuc constante. Si casum illū excipias quem aduersus omnem iuris veteris rationē noua Iustiniani constitutio introduxit *in d.l.vlt.§.vlt.C.de furt.* vbi constituit, vt si rem marito cōmodatam vxor amouerit, & maritus cōmodati actione constante matrimonio à domino conueniatur, possit ille vicissim agere aduersus vxorē rerum amotarū, Quod haud dubiè sic intellexisse Iustinianus videtur, vt etiam durāte matrimonio ea actio institui possit: Cùm cætera omnia illius cōstitutionis capita nō ad alium casum referantur, quàm quo cōstāte matrimonio agatur. Dat.n. Iustinianus domino cui res subrepta fuit, facultatē & electionē agēdi aut contra virū actione cōmodati, aut contra mulierē actione furti, Nimirū etiāsi duret adhuc matrimoniū. Subiungit.n. exceptionē, Nisi maritus soluēdo sit, quo casu nō patitur vt furti actione mulier cōueniatur, *Ne, inquit, ex huiusmodi occasione inter maritū & vxorē qui nō bene secū viuunt, aliqua machinatio oriatur & forsitā marito volente vxor eius extrahatur, & furti patiatur pœnalem condemnationem*, Et quia in eo succurrit mulieri ne constante matrimonio furti conueniri ab extraneo possit, Subuenit etiam ex alia parte marito vt conuentus prior actione commodati, habeat vicissim contra vxorem rerum amotarum actionem per quam protinus indemnitati suæ consulat: quasi *propter causæ necessitatem*, vt ipse loquitur, Non dissimiliter ac eiusdem Triboniani manu aliàs scriptum monuimus *in l.si mulier 59.§ ex asse, D. de iur.dot. propter iuris subtilitatem & casus necessitatem.* In quo tamen parum cautius siue Iustinianus, siue potiùs Tribonianus non videt, dum fauere vult mulieri & matrimonio contra ius vetus, se nouum inducere longè damno-

damnosius mulieri quàm erat vetus. Si quando enim contingebat olim vt rem alienam mulier amoueret, quæ marito vel pignorata vel commodata fuisset, non ideò tamen actio furti competebat domino aduersus mulierem, quia ex furto quod vxor viro suo primùm & immediatè fecisset, non magis poterat extraneus, quàm maritus ipse contra eam furti agere, Ne scilicet plus iuris haberet ex mariti persona, quàm maritus, Nisi quod condictionem furtiuam quæ soli domino datur, habere poterat, quia non ex mariti sed ex sua persona, habet vt sit dominus *l. sed & domino* 18. iunct. *§. vltim. l. praeced. D. rer. amot.* Vbi tamen additur alterutri agere permittendum esse, id est vel domino vt cõdicat, vel marito vt agat rerum amotarum, Non autem vtrique aut mulier quæ amouit & actione rerum amotarum conueniatur à marito, & furtiua condictione à domino, quamuis aduersus cæteros fures etiam condictio furtiua possit cum actione furti concurrere. Tantùm abest vt prudẽtes veteres vllo casu permissuri fuerint quod Iustinianus permisit *in d. §. vlt.* agi contra mulierem ab extraneo pro rebus quas illa non extraneo sed marito amouisset, siue constante siue soluto matrimonio de danda furti actione quæreretur. Nam & in rebus amotis erat illud speciale, Vt mariti bonis ex aliqua causa ad fiscum deuolutis, vxor rerum amotarum nomine in simplum duntaxat conueniretur, cùm tamen cæteri fures omnes eo casu fisco in quadruplum condemnentur *l. ad fiscum* 16. *D. rer. amot.* Nimirum, quia omni casu æquum est puniri mulierem mitiùs, quæ licèt amouẽdo furtum fecerit, non alij tamen quàm marito fecit, nec facere voluit. Sicut è contrario mulier quæ mariti res alij commodatas subripuit commodatario, tenetur furti extraneo, marito verò ne quidem rerum amotarum *l. antepen. eod. tit.* Nempe quia, vt benè Accurs. vidit, furtum eo casu à muliere factum est extraneo non marito licèt res fuerint mariti. Quòd si ex Tribonianea iurisprudentia nihil absurdi est dari etiam constante matrimonio inter coniuges actionem rerum amotarum, saltem in specie *dict. l. vlt. §. vlt. C. de furt.* ideò quòd non sit atrox actio, id est quod neque pœnalis, neque famosa sit qualis est actio furti quam ideò atrocem vocat ibidem Iustinianus, Aut quia causæ necessitas id exigere videatur, cùm maritus idémque commodatarius constante matrimonio actione commodati vrgetur. Quæro cur non eadem si non casus necessitas saltem causæ æquitas, induxit omni casu actionem rerum amotarum inter coniuges etiam constante matrimonio ad præstandam ei ex coniugibus indemnitatem cui amotæ res essent? Præsertim cùm dici soleat huius actionis proprium illud esse, vt damnum, quod ex amotione illatum est, repræsentet? *l. si mulier* 21. *§. hæc actio D. rer. amotar.* Quid enim æquius, quàm farciri damnum illud præsenti actione, Non expectata matrimonij dissolutione. Multò minùs autem ea quæ per diuortium euentura sit, cuius euentum & casum expectare, mali certi ominis, planéque inhumanum esse videatur. Quanquam nec diuortium secutum esse sufficeret, vt rerum amotarum agi posset, si non etiam illud cõcurreret vt diuortij postea faciẽdi consilio res amotæ probarentur *leg. rerum quidem* 25. *eod. tit.* Quidni ergo ita ius comparatum est, vt actio rerum amotarum statim competeret daretúrque inter coniuges, quoquomodo & quoquo consilio amotis rebus? An fortè vno casu potiùs quàm alio æquum est coniugem cui res amotæ sunt in damno manere, Eum verò qui amouit, ex tam improbo facto suo lucrum sentire?

ERROR NONVS.

De actione damni in factum de qua in d.l.2.C.rer.amot.& in l.vlt.D.de seruo corrupt.& ad l.si quis vxori 52.D.de furt.

RVRSVM si ratio aliqua reddi potest propter quam non sit permittendum coniugibus vt constante matrimonio agant inuicem rerum amotarum, Finge etiam si voles quod fingere multò facilius tibi fuerit, quàm probare, Esse actionem rerum amotarum aliquomodo famosam & aliquomodo pœnalem, ob idque maximè dari eam non posse constante matrimonio, quod neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio eo tempore cōpetat, vt scriptum est *in d.l.2. C.rer.amot.* Cur non saltem de dāno in factū actio dabitur etiam constante matrimonio, quam dant etiam Imperatores *in d.l.2.* An non id multò iustius & tolerabilius esset quàm quod certissimū est, Actionem de seruo corrupto, itémq; legis Aquiliæ inter cōiuges quoque dari, videlicet in simplū & sine vlla pœnæ cōmixtione? ex *d.l.vlt. D.de seru. corrupt.* & *d.l.si seruus seruum 27.§.si cum maritus D.ad leg.Aquil.* Itaq; si cum Accursio interpretari velis de actione in factū quod de actione rerū amotarum cōstante matrimonio inter cōiuges danda scriptū est *in d.l.vlt.C.de furt.* aut cum Castrensi & aliis promiscuè de actione rerū amotarū vel in factū siue quasi nihil inter istas actiones effectu ipso intersit, Siue quasi tā impropriè locutus sit Iustinianus vt actionē rerū amotarū dixerit eo loco pro actione in factū, Quomodo ac lōgè improbabiliùs vult Accursius locutū esse Vlpianū *in l. si quis vxori 52. in princ.* iis verbis *furti non tenebitur, sed rerū amotarū.* Illa semper se torquebit hæsitatio, Cur non hæc saltē in factū actio detur coniugi aduersus cōiugē durantibus quoq; nuptiis pro rebus quoquomodo amotis, licèt aut diuortij cōsilio amotæ non sint, aut eo quidē consilio amotæ fuerint, sed multum tamē adhuc diuortiū secutū proponatur? Et tamē certū est ita ius vetus fuisse, vt nullo penitus casu aut actio rerū amotarū aut actio in factū cōstante matrimonio dari posset pro rebus amotis. Nā de actione quidē rerū amotarū id constat ex *l. 1.D.rer.amot.* vbi dicitur singulare iudiciū rerū amotarū cōparatū fuisse aduersus eam nō quæ vxor est, sed quæ vxor fuit: Itē ex *d.l.2.C.eo.* quā omnes sic intelligūt, & rectè, vt actio rerū amotarū non detur cōstante matrimonio, sed eo tātùm soluto. Postremò & omniū apertissimè ne in re tā aperta cōprobanda diutiùs immoremur, ex *l.rerū quidē 25.D.eod.* vbi Marcianus scribit rerū amotarum iudiciū sic habere locū si diuortij cōsilio res amotæ fuerint, & diuortiū secutum sit, Sed si in matrimonio, id est nō eo tātùm tēpore quo matrimoniū adhuc cōsistet, sed nulla diuortij cogitatione mariti res vxor subtraxerit, cessare actionem rerum amotarum. De actione verò in factū de damno in simplū, quę possit vice actionis rerū amotarū acquirere marito indēnitatē, quod nulla cōstante matrimonio cōpetat, Nō solùm ex eo apparet quòd huius actionis nulla penitus mentio fit à prudētibus, qui tamē tā sæpe tractāt & de rebus amotis, & de rerū amotarū actione, Verùm etiam ex eo quod addit Marcianus *in d.l.rerum quidem 25.* Si in matrimonio res mariti vxor subtraxerit, cessare quidem rerū amotarū actionē, sed tamen posse maritum res amotas cōndicere. Qua verò actione? An in factum de damno, vt loquitur *dict. l. 2.* Minimè, Sed condictione sine causa, vt iam aliò loco in præcedentibus explicauimus, ex ratione quæ statim sequitur apud Marcianum, quòd iure gentium condici possint res ab his, qui-

non

non ex iusta causa possident. Ciuili ergo actione, non prætoria. Condictiones enim omnes sunt ciuiles. Quibus competentibus nulla necessitas subest dandæ actionis in factum quæ siue ciuilis, siue prætoria sit, semper subsidiaria est. Nec rursus datur condictio sine causa de damno, id est ad hoc vt damnum sarciatur, sed ad hoc vt quod ex nostro alius possidet, quod adhuc nostrum sit idipsum nobis reddatur, vt eo facto indemnitatem consecutus actor nec de damno quærendi multò minùs conquerendi materiam habeat. Et verò si qua in factum actio competere posset constante matrimonio ob res amotas, etiam nullo diuortij consilio suscepto, Quidni eadem multò magis competeret diuortij causa amotis rebus, siue diuortium iam secutum esset, siue nondum secutum? Aut ad quid profuit induci rerum amotarum actionem tam nouo & singulari iure? An fortè vt pleniorem indemnitatem actor consequeretur, per iusiurandum in litem cui locus est in actione rerum amotarum, in actionibus verò in factum numquam? At dici hoc non potest, quia nec priùs nec aliter iuuari in litem permittitur, quàm si simplum damni arbitrio iudicis non præstetur, aut vt dicam meliùs quàm res ipsæ amotæ arbitrio iudicis restituantur. Nec enim aut in actione rerum amotarum, aut in alia vlla arbitraria condemnatur vnquam præcisè reus ad rei qua de agitur restitutionem, sed si arbitrio iudicis ita iubentis res non reddatur, tum demum ex bono æquo condemnatio fit, aut quanti actor in litem iurauerit, aut ad aliam litis æstimationem *§. præterea. Inst. de action.* Atqui cùm in factum agitur de damno ad simplum, numquam potest reus euitare condemnationem simpli, quoniam in id præcisè agitur vt simplum præstetur, & vt simpli condemnatio fiat, Cuius nec difficilis præstatio vnquam est, cùm fiat semper in pecunia numerata, quæ in iudicati executione ex quibuscunque condemnati bonis redigi & explicari facilè potest *l. 4. §. ait prætor l. à Diuo Pio 15. per tot. D. de re iudic.* Proinde fieri nequit vt soluto postea per diuortium matrimonio supersit aliqua vtilitas nedum necessitas proponendæ actionis rerum amotarum, cùm nihil amplius petendum habeat is cui res amotæ sunt, posteaquam per actionem in factum de damno dato simplum iam consecutus est. Frustra igitur Prætores induxerunt singulare illud iudicium rerū amotarū si iam ita ius erat vt maritus ob res ab vxore amotas in factum agere contra vxorem etiam constante matrimonio posset, in distinctè, & omni casu, cùm è contrario rerum amotarum actio non in omnem euētum comparata sit, sed duntaxat in casum certum, Si duo illa concurrerēt vt & meditatione diuortij res amotæ fuissent, & diuortiū postea secutum esset, Sed & illud auget dubitationem, quod videri possit, nullā prorsus actionē inter coniuges exerceri olim potuisse constante matrimonio, etiā quæ nec pœnalis esset nec famosa, quod cū n actionū omniū instituēdarū principiū ab ea parte edicti proficiscatur, q̄ est de in ius vocādo, vt ait Iustin. *in §. omniū Inst. de pœn. temer. litig.* fatēdū esset in necessariū antecedēs vocari in ius maritū ab vxore, & vxorē à marito potuisse: Quod tamē si ita esset, vtiq; Prætor edicto suo De in ius vocādo nō minùs côiugū quàm parētū vtriusq; sexus & patronorū mentionē fecisset, vt nō nisi petita venia in ius vocari possent, cùm negari nequeat mutuā sibi reuerētiā eos debere, saltē vxorē marito. Generaliter autē verū sit eas personas quibus reuerētia debetur, non nisi petita venia in ius vocari posse *l. generaliter 13. D. de in ius vocād.* Atqui nec in Tit. De in ius vocand. nec alia vlla iuris parte reperias quicquā scriptū de hac venia vel petēda vel petita per côiugē actur ū contra côiugē, Et Accurs. ipse, quāuis nō dubitet quin côiugi aduersus côiugē danda sit

actio constante quoq; matrimonio dũ ne pœnalis sit vel famosa, Nihil tamen de coniugibus scribit ad *d.l.generaliter.* At contrà potiùs cõcludit, non ad alias personas referri posse quod scriptũ est *in d.l.generaliter*, quàm ad eas quæ Prætoris edicto nominatim cõprehensæ sunt, nisi quòd addit socerũ & socrum:qui licèt parentes non sint,parentũ tamen de quibus Prætor locutus est appellatione ideò cõtineri possunt,quia parentũ locũ obtinent *l.quia parentu 16. D.solut. matr.* Cùm verò edictũ prætoris De in ius vocãdo sit prohibitoriũ *l.2.l.4.§.1.de in ius vocand.* Ne scilicet sine permissu Prætoris possint vocari in ius eæ personæ quibus reuerentiã illã deberi Prætor credidit,Consequens est vt quisquis edicto illo specialiter prohibitus non est alium quemlibet in ius vocare impunè possit:Quomodo in edicto De procuratorib.quod æquè prohibitoriũ est,ratiocinatur Paulus *in l. mutus 43. §.1. D.de procur.* Ergo impune vocari vir in ius ab vxore poterat, & vxor à viro,nullàque petita venia. Hoc verò quis credat? Aut quis Romanorũ prudẽtiã in re tã honesta & quotidiana,defuisse,sibi vnquã persuadeat?Si.n.nõ patiebãtur vt nuptæ fœminæ etiã cõtra alios per se litigarẽt, ne obtẽtu litis in cõtumeliã pudoris matrimonialis irreuerẽter irruerẽt,& cõuentib.virorũ vel iudiciis interesse cogerẽtur,ideóq; visum est permittẽdũ maritis vt citra mãdatũ in rebus vxorum cum sollẽni satisdatione & alia obseruatione intercedẽdi liberã habeãt facultatẽ,vt Cõstantini lex habet *in l.maritus 21.C.de procur.* quantò minùs ferre potuissent, vt mulier obtorto collo etiã per aliũ raperet in ius virũ cõstãte quoq; matrimonio, nulla quoq; petita venia? Id.n.demũ erat vocare in ius, scilicet aduersariũ obtorto collo rapere ad Prætorẽ, habebátq; omnis vocatio vim quãdã & impressionẽ,vt scripsimus tã sæpè in libris Cõiecturarũ,& in Rational.*ad l.plerią; 19.D.de in ius vocand.* Sed & cùm nihil tã sollenne Romanis esset, quàm vt ciues & ad matrimonia cõtrahenda inuitarẽtur,& in cõtractis matrimoniis retinerẽtur per cõcordiã, quã nihil in eã rem fortius,aut felicius est,adeò vt neq; patriæ potestatis prætextu benè cõcordãtia matrimonia turbari paterentur *l.1.§.vlt.D.de liber.exhib.* Quid contra potuit ad dissociãdas coniugũ mẽtes excogitari aptius,quàm vt iis inuicẽ litigare permitteretur? Quis nescit quàm faciles sint & pronæ litigãtiũ volũtates ad rixas, & à verbis ad verbera, tùm quoq; cùm de re minima & leuissima cõtẽditur? Indéq; nimirũ cõstatũ ingens illud odiũ litium, quod intelligat ciuilis legislator nihil esse reipublicæ perniciosius ad cõcordiã ciuiũ labefactãdã, cuius solius vinculo tota populi salus cõtinetur? Præterea quænã,obsecro,litigij & actionis materia inter cõiuges olim esse potuit,cùm eo tẽpore libera essent diuortia,multóq; esset expeditius & honestius,sed & vtriq; cõiugũ tutius diuertere cũ bona gratia, nullàq; adhuc inchoata lite,quàm inuicẽ litigare? Aut si diuertere maritus nollet ꝙ certæ pœnæ ei cõstitutæ essent cuius culpa diuortiũ accidisset *l.si stipulatio 19.D.de verb.oblig.& tot.tit.De diuort.* quid obstabat quominùs maritus vxorẽ quæ bonã fidẽ nollet agnoscere,maritúmq; ad necessitatẽ agẽdi mallet adigere, domi conueniret,vt loquuntur Imperatores *in l.vlt. C.an seruus pro suo fact. post manumiss.teneat.* id est verberaret ipse, ac malè tractaret, remotis quantum fieri posset arbitris, vt ea via tãquã breuiore ac minùs dispẽdiosa extorqueret ab vxore id ipsum quod per actionẽ nõ nisi multò tardiùs,& incõmodiùs consequi potuisset?Quáquam autẽ non eadẽ ratio facere poterat,vt vxori nil esset necesse aduersus maritũ agere,cùm tamẽ de coniugibus indistinctè loquamur,nec difficiliùs interpretes dent actionẽ marito contra vxorẽ quàm vxori cõtra virum. Sufficit vt appareat in marito parum esse probabile,quod alli volunt in vtroque coniuge

coniuge verum fuisse. Taceo quod plerumque mulieris bona sunt eiusmodi, vt nulla de iis materia litis superesse possit. Quid.n. si omnia sint dotalia? Vtique omnia erunt in bonis viri, nec alij quàm viro de iis agere licebit cõtra tertios *l.doce 9.C.de rei vindic.* Quantò minùs posset de ipsis mulier agere aduersus maritum? Aut cur maritus contra mulierem quæ iam omnia dederit in dotem & tradiderit? Quòd si habeat illa etiam bona quædam paraphernalia, sicuti certissimum est nihil iuris habere illam in iis maritũ prohibente muliere *l. hac lege* 8.*C.de pact.conuent.tam sup.dot.* Ita nec dubitatur quin si ea viro vxor tradiderit vt haberet extra dotem, hoc ipso eorum administratio viro mandata esse censeatur.*l.vlt.eod.* Sic tamen, vt non possit mulier ea bona repetere à viro nisi soluto demũ matrimonio, vt disertè scriptũ est *in l.si ego 9. §.vlt. D. de iur. dot.* vbi additur nihil hac parte referre an bona hæc paraphernalia ideò tradita sint marito vt statim eius efficerentur, an vt potiùs in mariti custodia essent: Quo tamen posteriore casu, si maritus cõstante adhuc matrimonio petẽti ea mulieri negaret in domum suam illata esse, Cur non esset permittendum mulieri agere eo nomine contra virũ etiam constante matrimonio, si non ratio & pudor matrimonij omnẽ agendi viam ei præcluderet? Sic.n.scribit Vlp.*in d.§.vlt. sed magis vt certum sit in domum eius illata ne si quandoq; separatio fiat, negetur.* Ita significans impune futurum marito si constante adhuc matrimonio neget eas res se habere, id est non ideò futurum vt vel depositi vel mandati actione conueniatur, non magis quàm rerum amotarum, nisi matrimonio demùm soluto. Quidni verò daretur etiam constante matrimonio si non actio rerum amotarum, saltem actio depositi, aut mandati pro earum rerum restitutione in quibus maritus nullum planè ius habeat neque dominij, neque possessionis? si quo vnquam casu mulieri contra maritum durante matrimonio agere tam facilè permittendum esset? Ea verò causa fuisse videtur, propter quam Iustiniano tandẽ placuit vt pro his quoque bonis paraphernalibus haberet mulier tacitam hypothecam non minùs quàm pro dotalibus *d.l.vlt. & l.in rebus* 30. *in princip. C. de iur. dot.* Nimirum vt ei succurreretur, quæ ipsa sibi per actionem contra virum instituẽdam succurrere non potuisset: Cuius auxilij æquitas, & necessitas sanè nulla suberat, si tale ius erat vt de iis saltem rebus posset mulier quandocumque agere etiam ante dissolutũ matrimoniũ. Quemadmodum nec hodie succurrimus mulieri quæ ius suum deterius fieri passa est etiam in dote ex quo potuit ob superuenientẽ inopiam mariti aduersus eum agere constante quoq; matrimonio *d. l.in rebus §.vlt. & Nouell.97. De æqual.dot. c.* 6. vnde sumpta est Auth. *quod locum C.de collat.* Adde, quod plerũq; matrimonia olim sic fiebãt vt mulier quæ nubebat conueniret in manũ viri, atq; ita cõstitueretur in eius potestate fieretque ei sua heres: Præsertim si nõ erat illa in potestate patris, vt Vlp. refert in Titulis Quo casu nõ tãtùm iuris cõstitutio, sed etiã natura ipsa impedimento erat ne vir cũ vxore nõ magis quàm cũ seipso agere posset, vt de patre & filiofamil. scriptũ est *in l.ne cũ filiofamilias 16.de furt.* Nulla verò facta in manũ cõuẽtione etsi nõ trãsibat mulier in potestatẽ viri, nõ eò minùs tamẽ arcta illa vitæ societas totiusq; diuini & humani iuris cõmunicatio quæ per iustas nuptias contrahebatur *l.1. D.de rit.nupt.* faciebat vt vtriusq; cõiugis vna ferè & eadẽ persona esse cẽseretur, nec quicquã esset tã personale, quod nõ vtriq; cõmune esset *l.4. §.mulieri l.sed neq;* 8.*§.1. De vsur. & habit.* Nã vt viri & vxoris eadẽ persona esse cẽseatur sicut patris & filij, fit equidẽ per quãdã iuris fictionẽ, sed quæ propiùs accedit ad rei & naturæ veritatẽ inter cõiuges, quàm inter patrẽ & filium. Quomodo igitur fieri poterat vt cõstãte matrimonio inuicẽ agere cõiuges possen?

Digitized by Google

Sed quamquam hæc omnia non insubtiliter tractantur, vt dubitationem propositam augeant, fatendum tamen est quod plerisq; iuris nostri locis probatur, coniugi aduersus coniugem & agere iam olim plerisq; casibus licuisse & hodie licere, vt ex iis legibus constat, de quibus sequenti capite dicemus. Nisi fortè ad omnes aliquis vno verbo respondeat, sic eas intelligi debere vt actio inter eos non qui sunt, sed qui fuerunt coniuges exerceatur, & soluto demùm per diuortium matrimonio: A quo tempore nullam illi mutuam sibi reuerentiam debent, cùm ex die diuortij non modò coniuges esse desierint, sed etiam inimici existimentur inspecto eo quod vt plurimùm euenire solet *l. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier in fin. D. de iur. dot. l. Cicero 39. D. de pœn.* Nam & eodem sensu passim scriptum legimus in *Tit. Rer. amot.* agi ea actione à viro in vxorem vel à muliere in maritum, cùm tamen fateantur omnes non dari actionem illam nisi inter eos qui coniuges fuerunt, & diuortio tantùm secuto. Verùm neque verbis illarum legum conuenit hæc interpretatio, vt ostendemus in sequentibus. Neque ea ipsa lex quam nunc in manibus habemus quæ secunda est *Tit. C. rer. amot.* vllum sanè aut huic, aut alij vlli responsioni locum relinquit, Cùm verba illa *Constante etenim matrimonio neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio,* apertissimè sonent, nec tantùm à contrario sensu, sed directo, Actionem in factum de damno dari constante quoque matrimonio. Mihi certè videtur Cuiacius dixisse verissimè, esse legem illam crucem interpretum, nec quemquam esse qui in ea explicanda se nō torqueat, Si Bartolum, & Baldum excipias & alios plerosque ex veteribus & melioris notæ interpretibus, qui ne se torquerent, maluerunt nihil ad eam scribere quasi difficultates quibus lex plena est, non viderint. Puto tamen quod pertinet ad actionem illam in factum de damno, de qua lex loquitur, & quam ait constante quoque matrimonio dandam esse, debere legem intelligi non de actione rerum amotarum, sed de actione vtili legis Aquiliæ quæ & damni iniuriæ actio appellatur, Ex *l. si seruus seruum 27. §. si cùm maritus D. ad leg. Aquil.* & de seruo corrupto *l. vlt. D. de seruo corrupt.* Nam datur quidem actio illa in factū & de damno inter coniuges etiam constante matrimonio, sed actio rerū amotarum numquam nisi soluto. Hoc ipsum autem ideò, quia singulari quodam iure, vt toties diximus, comparata est certis legibus & condicionibus, Inter quas præcipua hæc est, vt non tantùm amotas res esse oporteat, sed etiam amotas diuortij causa, Nec hoc solùm nisi etiam illud accedat, vt diuortium fuerit secutū. Et sicuti bene à Cicerone quodam loco scriptum est non debere nos recusare quominùs ea qua nati sumus lege & condicione viuamus, Ita nec mirum cuiquam videri debet actionem rerum amotarum iis legibus & regulis contineri quibus comparatam eam Prætores voluerunt, non aliter eam promissuri, Siue quod quandiu diuortium factum non est possit maritus vxorem domi conuenire, atque ita sibi suisque rebus consulere, Siue quòd in persona mulieris, etiā quæ diuortij consilio res amouit locus pœnitentiæ relinqui debeat quandiu res integra est diuortio nondum secuto, Quod in actione legis Aquiliæ aut De seruo corrupto diuersum est. Nulla enim arte fieri queat, vt damnum datum possit haberi pro non dato aut seruus corruptus pro non corrupto. Cùm tamen res amotæ diuortij causa pro non amotis haberi debeant, si vel nullo vnquam secuto diuortio aut antequàm sequatur, in domum coniugis vnde amotæ fuerant, reportentur. Porrò si actio Rerum amotarum exigit secutum esse diuortiū ad hoc vt competat, Consequens sanè est, vt exerceri constante matrimonio

numquam

numquam possit, Non quòd generaliter dicendum sit coniugi aduersus coniugem dari constante matrimonio actionem nullam debere, Sed quia prius sit, vt actio aliqua competat quàm vt exerceri possit, *d.l. in rebus* 30. *C. de iur. dot.* Hæc autem non competit nisi secuto diuortio, quo demum tempore matrimonium amplius nullum est. Illa autem ratio quæ ponitur in *d.l.* 2. quod constante matrimonio neque pœnalis, neque famosa actio inter coniuges dari possit, non eò pertinet, vt sciamus cur actio rerum amotarum non detur constante matrimonio vt putant Cuiaciani qui ex hoc inferunt actionem istam & pœnalem & famosam esse quod est ridiculum, sed vt intelligamus cur eam Prætores iam singulari iure induxerint cùm iure ciuili furti actio iam esset cõparata, Nimirum quoniam furti actio & pœnalis & famosa est quam in honorem matrimonij denegandam esse placuit constituto iure. Atque ita omnes has difficultates à nobis aliisque cõtra nos propositas dissolui posse & dissolutas esse arbitramur. Cùm ergo actiones quædam sint quæ inter coniuges dari possunt etiam constante matrimonio, latiùs dicendum est quænam illæ sint, Ex iis etiam quæ pœnales sunt vel famosæ.

ERROR DECIMVS.

De actionibus quæ constante matrimonio inter coniuges dantur ab interpretibus. Ad l. si extraneus 33. D. de iur. dot. l. 1. C. eod. l. 5. §. si donationis & §. seq. l. si prædia 58 §. vlt. D. de donat. int. vir. & vxor. l. e: si de tua 9. Cod. eod. l. hac actio 65. D. de solut. matrim.

Illud primùm constat & apud omnes in confesso est, nec nos negamus, quòd si mulier ipsa quæ nubit, dotem marito promiserit, obligatur illa haud dubiè ex eiusmodi promissione, Sicut & cæteræ omnes personæ cuiuscumque sexus & condicionis sint, promittẽdo dotem obligantur *l. promittendo* 41. *in princip. & §. vlt D. de iur. dot.* quamuis in dote dicenda aliud iuris esset nec nisi certæ personæ dicendo dotem obligarentur vt Vlpianus in Titulis docet. Quin etiam constat mulierem dotem promittendo non alij posse obligari quàm marito *l. si mulier* 59. *in princip. D. de iur. dot.* Quidni ergo etiam constante matrimonio conueniri poterit, vt aliquis effectus sit promissionis & obligationis? Nec enim dos est nisi constante matrimonio, & quæ matrimonij oneribus seruiat *l. si pater* 76. *in fin. eod. tit. De iur. dot. l. cum pater* 11. *D. de pact. dotal.* Quò pertinet quod Vlpianus tractat *in l. si extraneus* 33. *de iur. dot.* Siue pater mulieris, siue mulier ipsa dotem promiserit, dotis periculum non ad maritum sed ad mulierem pertinere. Nec enim quisquam iudex, inquit Vlpianus, propitiis auribus audiet mulierem dicentem cur patrẽ, qui de suo dotem promisit non vrserit ad exsolutionem, *multò minùs cur ipsam non conuenerit*, Quibus verbis significat non obscurè, Esse igitur in potestate viri, vt si volet conueniat vxorem quæ dotem promisit, Nec sanè mirum est mulierem ex hac causa etiam constante matrimonio à marito conueniri siue dotem, siue dotis etiam vsuras constante quoque matrimonio promiserit *l. si quis pro vxore* 21. *§.* 1. *D. de donat. int. vir. & vxor.* Cur non enim possit? cùm ea res dissidij & repudij materiam non solùm non præbeat, sed etiam excludat?

Poterat enim mulier olim ex hac causa repudiari, si dotem quã promiserat non soluisset, Adeò vt dubitaretur, an posset maritus eam quoque repudiare quam duxisset indotatam: Fuitque in hanc rem necessaria Iustiniani constitutio, Ne posset *in l. penult. §. 1. C. de repud. & Nouell. 22. De nupt. cap. 18. §. sed à nobis.* Melius autem fuit actionem ex ea causa inter coniuges permittere, quàm diuortij causam ex eo vel inducere vel retinere. Nec tantùm marito contra vxorẽ pro dote promissa conceditur agere, sed etiam vxori contra maritum ad condicendam dotem etiam constante matrimonio, si quando sic fortè dos constituta sit, siue per promissionem, siue per traditionem, aut filiofamilias aut seruo factam inscio patre vel domino, vt periculum dotis spectaturum sit ad mulierem ob non secutam patris vel domini ratihabitionem *l. quemadmodum 46. D. de iur. dot.* vbi Accursius notat, ita cautum esse iure valde speciali, & ex æquitate & necessitate illa, quòd alioqui futurum esset vt dos periclitaretur: quod numquam ferendum est cùm intersit reipublicæ dotes mulieribus saluas esse *vulg. l. 1. D. solut. matr. l. interest 18. D. de reb. auth. iudic. possid. aliàs l. 3 D. de priuileg. credit.* Non valde dissimile est quod rescribũt Imperatores *in l. 1. C. de iur. dot.* Euicta re, quæ fuerat in dotem data si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, generum agere posse contra socerum, vel mulierem, seu heredes eorum aut condictione aut ex stipulatione. Si autem nulla pollicitatio, vel promissio intercesserit, post euictionem eius, siquidem res æstimata fuerit competere ex empto actionẽ, nec minùs contra mulierem ipsam, quàm contra socerum si mulier ipsa res dederit in dotem æstimatas. Æstimatio enim facit emptionem *l. plerumque 10. §. penult. eod. l. 1. §. vltim. D. de æstim. act.* Nisi conuenerit vt res ipsæ quæ æstimatæ fuerunt reddantur soluto matrimonio, Quo casu magis est vt summa declaretur, nõ vẽditio contrahatur *l. cùm post 69. §. cùm res D. de iur. dot. l. si inter 21. C. eod.* Si verò neque pollicitatio, neque æstimatio facta sit, siquidem bona fide res illa in dotẽ data est, nullam marito actionem competere, Dolo autem dãtis interposito, de dolo actionem aduersus eum locum habere, Nisi à muliere ipsa dolus interpositus sit: Tunc enim ne famosa actio aduersus eam detur, in factum cum ea agendum esse. Quod ego sanè sic intelligo, vt actiones hæ omnes etiam contra mulierem competant constante quoque matrimonio *ex l. quoties 16. D. eod.* Nimirum ne alioquin eueniat, vt euicta re dotali, nullam dotem maritus habere existimetur, qui tamen indotatam vxorem ducturus non fuit. Quid enim refert an nullam dotem mulier dederit, quæ tamen dotem promisit: An verò in dotem dederit eam rem quæ posteà fuerit euicta? Potestas enim euictionis tollit intellectum traditionis, nec videtur traditum quod euictum quandoque fuit *l. si patroni 55. §. vlt. D. ad SC. Trebell. l. quod euincitur 190. de reg. iur.* His ergo casibus æquum est marito dari actionem etiam manẽte matrimonio ne decipiatur maritus, quod fiet si dotem nullam habiturus sit *l. si donaturus 9. §. 1. D. de condict. caus. dat. l. purè 5. §. penult. D. de doli mal. except.* & fructus dotis ab oneribus matrimonij separentur, *l. cùm pater 11. D. de pact. dotal.* Ad has autem species referri commodè potest, quod Vlpianus scribit *in l. 5. §. si vxor. 7. D. de donat. int. vir. & vxor.* Si vxor vel maritus exceptione quadam donationis causa summoueri voluerint, facta postmodùm à iudice absolutione, valere quidem sententiam, sed posse condici ei cui donatum est. Nam cùm locus ille vt & totus tit. sit de donatione facta inter virum & vxorem constante matrimonio, nullus autem exceptioni locus esse vnquam possit, nisi aduersus propositam actionem, consequẽs est vt senserit Vlpianus, Posse actionem & iudicium exerceri inter coniuges,

Nisi

Nisi fortè velis eam sententiam restringere ad casum illum quo iã antè nuptias acceptum fuisset inter eos iudicium, Quod sanè minùs durum esset. Præter id quod iudicium antè acceptũ expirare solet quoties peruenit res ad eum casum à quo incipere iudicium non potuisset *l. si à me 11. D. de iudic.* Vt cum nit si mulier diuerterit, & iudicio de dote contestato reuersa fuerit in matrimonium: Redintegrato namque matrimonio expirat iudicium & omnia in pristino statu retinentur *l. si mulier 19. D. solut. matr.* Non quia inter coniuges iudiciũ non possit consistere, Sed quoniam redintegrato matrimonio dos quoque redintegratur de qua fuerat acceptum iudicium *l. post diuortium 64. D. de iur. dot.* Itaque aliud iuris erat si non iudicio rei vxoriæ, sed actione ex stipulatu dos petebatur, vt constat *ex l. si mulier post diuortium 13. eod. tit.* ex qua commodissimum exemplum sumi potest *ad d. §. si vxor.* Idémque iuris est in iudicio rerum amotarum, quòd in iudicio rei vxoriæ. Nam cùm soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio iudiciũ soluitur *l. vlt. D. rer. amot.* Quanquam si post redintegratum matrimonium iterum fiat diuortium, placet ob res amotas prioris diuortij causa, itémque ob impensas & donationes priore matrimonio factas actionem superesse *l. redintegrato 24. eod.* Hæc omnia ideò, quia neque de dote restituenda, neque de rebus amotis agi potest constante matrimonio. Non igitur distinctio illa adhibenda est, An iudicium acceptum sit ante vel post nuptias. Sed illa potius, An de ea re acceptum sit, de qua etiam durante matrimonio agi possit. Quid ergo si extra causam promissæ dotis aliqua viro contra vxorem actio competat, aut vxori contra maritum? An manente quoque matrimonio permittendum iis erit, vt inuicem agant? Finge donationem aliquam inter coniuges illicitè factam esse, quæ postea sit reuocata per pœnitentiam, Ex qua causa constat si res donatæ adhuc extent, vindicari eas posse, Si verò consumptę sint, condici, hactenus scilicet quatenus persona cui donatum fuit, locupletior facta est *l. 5. aliàs l. si mulier §. vltim. D. donat. int. vir. & vxor.* An ergo dabimus donatori vindicationem aut condictionem durante quoque matrimonio? Et non puto, siue quòd donatorẽ quandiu viuit & matrimonium durat pœnitere possit suæ pœnitẽtiæ, Suprema enim pœnitentia semper spectanda est *l. cùm hic status 32. §. pœnitentiam eod. tit.* eáque spes sanè probabilis est vt quæ adfectionis ratio donationem ab initio extorserat eadem reuocatam donationem rursum restituat, siue quod inciuile omnino sit, & quid diuortio proximum, si ex ea causa coniugi aduersus coniugẽ agere permittatur. Idque mihi videtur Vlpianus disertè scribere *in d. l. 5. §. si donationis eod. tit.* vbi ait, Si donationis causa vir vel vxor seruitute non vtatur, amitti quidem seruitutem, verùm post diuortium condici posse. Cur enim addidisset *post diuortiũ* si etiam ante diuortium condici donata seruitus posset? Scio Accursium sic intelligere vt omni tempore & ante diuortium quoque condictio competat, Nec diuortij mentio facta sit ab Vlpiano nisi quòd per diuortium intelligatur ipso facto reuocata donatio, etiam quæ reuocata anteà non fuisset *ex l. à marito 18. C. eod. l. & ideò 62. §. 1. D. eod. tit.* Sed parum probabilis interpretatio est, cùm possit reuocari donatio à coniuge priùs etiam quàm diuortium fiat, vt scriptum est in *d. l. à marito.* Possit etiam diuortium fieri non reuocata donatione, puta si fiat cum bona gratia *d. l. cùm hic status 32. § si diuortium & seq. & l. vitricus 60. §. 1. & duab. legib seqq. eod. tit.* Longéque aliud est dicere, Reuocari donationem per diuortium, Aliud verò, id quod donatum est, condici post diuortium, quomodo Vlp. loquitur. Quò etiam pertinere arbitror, quod Iulianus scribit

dantur æstimationem faciendam esse iusto precio, quanti reuera sunt, caueri-que possidenti debere de euictione simpli: quod in cæteris vindicationibus diuersum est, in quibus res quæ non restituitur æstimatur quāti actor in litem iurauerit, nec cauere petitor cogitur possessori *l. qui restituere 68. & seq. D. de rei vindic.* Ex quo intelligimus non magis vindicationem rerum illicitè donatarū, quàm earum condictionem dandam esse constante matrimonio, quòd earum consumptio impunita esse debeat si fiat matrimonij tempore, dum ne locupletior facta sit mulier nec dolo fecerit, quominùs res soluto posteà matrimonio extarent *d.l. cùm hic status 32. §. quod aut oratio*, Iunct. *d.l. si mulier. 37. eod.* Et ratio est, quia non amarè nec tanquam inter infestos ius prohibitæ donationis tractandum est, sed vt inter coniunctos maximo affectu & solam inopiam timētes *l. si id quod 28. §. si quas eod.* Inopiam autem metuere non potest coniunx qui donauit, quandiu constat matrimonium, sed tum demùm cùm matrimonium soluitur, & sibi quisque res suas habere incipit, quod fit diuortio secuto. Et ita esse intelligitur ex illo etiā quod reuocata donatione quæ inter coniuges facta fuerat, in idem tempus incidit, vt quæri oporteat an res extent necne, Vt sciatur an vindicari debeant, an condici: Nam quo casu & tempore vindicari possunt res donatæ si extent, eodem possunt & condici si non extent. Is enim vnicus effectus est eius quod dicimus, Donationes inter virum & vxorem factas prohibitas esse. *d.l. 5. aliàs l. si mulier in fin. eod. tit.* Atqui cùm quæritur an aut quatenus locupletior facta sit persona cui donatum est, inspicimus illud præcisè tempus quo de dote agitur *l. si cùm mulier 50. eod. tit.* in illis verbis *quæritur enim an mulier ex viri patrimonio locupletior sit eo tempore quo de dote agatur.* Sicque accipiendum est quod Vlpianus scribit *in l. quod autem 7. eod.* cùm quæritur vtrum tempus spectandum sit an litis contestatæ, an rei iudicatæ vt sciatur an locupletior factus sit coniunx cui donatum fuit, litis contestatæ tempus spectari oportere, Tempus scilicet illud quo iudicium de dote contestatur, cui porrò locus non est nisi soluto demum matrimonio. Ergo neque condictitia actione experiri potest ille ex coniugibus qui donauit nisi post solutum matrimonium, licèt antea donationem reuocauerit. Quomodo accipi etiam debere puto, quod Paulus respondet *in l. vxor marito 55. eod.* Si vxor marito suo pecuniam donauerit, & maritus ex pecunia sibi donata rem mobilem, vel soli comparauerit, nec soluendo sit, res tamen extent, mulierem si donationem reuocet, vtiliter condictitia acturam, Nimirum suo tempore, ac post diuortium. Nec enim, inquit, negari potest quin locupletior factus sit maritus, licèt soluendo non sit, quia non quærimus quid deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Possidet autem effectu ipso rem sibi donatam, cùm possideat rem ex pecunia donata comparatā, perinde acsi res ipsa siue mobilis siue immobilis quę ex bonis donatis comparata fuit, donata esset, Nisi quòd de eo casu haberet mulier directam rei donatæ vindicationem, tanquam quæ dominium retinuisset. Et addit *nec erit deterior causa viri* [sic enim legendum esse *nec* pro *&* docuimus in Coniecturis] *si ei pecunia quatenus res valet, non vltra tamen id quod donatum est, condicatur, quàm si dotis iudicio conueniatur.* Ita significans eodem tempore & actioni condictitiæ locum esse & iudicio de dote, Et vtroque in iudicio æquè fauendum esse marito qui soluendo non est, vt quamuis in solidum locupletior ex donatione factus sit, non tamen in solidum condemnari debeat, sed eatenus tantùm quatenus facere potest, & deducto ne

egeat, id enim est quod Modestinus docet *in l. non tantùm 20. D. de re iudic.* Non tantùm dotis nomine maritum in quantum facere potest condemnandum esse, sed ex aliis quoque contractibus, ex quibus ab vxore iudicio conuentus sit. Eodem nimirum tempore quo & iudicio de dote conueniri potest, ac proinde post dissolutas nuptias, cùm quandiu durat matrimonium non possit maritus egere quin & ipsa mulier egeat, cuius alendæ onus ad maritum pertinet, Nisi ponas ab initio conuenisse, vt mulier se suósque aleret, quod olim aliquando, quanquam rarissimè, fiebat. *d.l. si quis pro vxore 21. in fin. D. de donat. int. vir. & vxor.* Potest autem multis casibus contingere vt soluto matrimonio conueniendus sit maritus, non tantùm iudicio de dote, sed ex aliis quoque causis & contractibus, puta actione depositi vel mandati, vt in specie *l. si ego 9. in fin. D. de iur. dot.* Aut ea actione quæ iam ante nuptias competebat, vt in casu quem Marcellus ex Iuliano tractat *in l. si pater 44. §. 1. eod. tit.* de muliere quæ debitorē habens filiumfamilias patri eius dotem ita promisit, *Quod mihi debes vel quod filius tuus mihi debet doti tibi erit.* Iulianus enim ait his verbis nō obligari mulierem vt ab ea exigere maritus dotem vllam possit, sed effici duntaxat vt id quod actione de peculio seruari à patre poterat, in dote sit, Marcellus verò Iuliani sententiam probans, subiungit, *Siue igitur cum filio posthac siue cum patre agere instituerit, exceptione pacti conuenti summouebitur: Actione autem de dote si experietur, consequetur quod in peculio fuisse apparuerit, eo tempore quo dos promittebatur.* Non ait *actione autem de dote cùm experietur*, sed *si experietur*, vt intelligamus in idem tempus incidere vt possit mulier in ea specie eligere, an iudicio de dote, in pristina actione contra maritum experiri velit. Cui consequens est vt sicuti actione de dote experiri non potest nisi soluto matrimonio, ita neque pristinam actionem exercere contra maritum nisi eo tempore, quo maritus & vxor esse desierint. Sequitur autem apud Marcellum *vtique si post nuptias promissa est, eius temporis peculium æstimari debebit, quo nuptiæ fierent.* Qui versiculus certè mancus est, & omnino supplendus, vt hoc quoque obiter adnotemus, addita dictione *alioquin* ante verba illa *eius temporis*. Sensus enim est, multùm referre an supradicta dotis promissio facta sit post nuptias, an verò antè. Vt priore casu æstimetur peculium quod fuit eo tempore quo dos promittebatur, cùm antè illud tēpus nulla dos fuerit, Posteriore verò æstimetur peculiū quod fuit nō promissionis tempore sed nuptiarum, qua dotis promissio quælibet sicuti tacitam condicionem illam habet si nuptiæ sequentur *l. stipulationem 21. & seqq. eod.* Ita & in illud tempus dilata, relatáque intelligitur quo nuptiæ fient, quoniam nec ante dos vlla esse potest cùm non sit sine matrimonio *l. 3. l. promittendo 41. eod. tit.* Aliud fortasse iuris est in ea specie quę apud Scęuolam tractatur *in l. si prædia 58. §. vlt. D. de donat. int. vir. & vxor.* de filio qui rebus matris interuenire solitus, ex pecunia matris consentiente ipsa, res plerasque & mancipia mercatus emptionum instrumēta suo nomine confecerat, deinde in patris potestate decesserat. Nam cùm quæreretur, an mater cum marito suo experiri, & qua actione vti posset, Respōdit Scæuola cum distinctione, si mater obligatum filium in ea pecunia esse noluit, intra annum quàm filiusfamilias decessit de peculio cū patre in cuius potestate filius fuisse proponitur, actionem habere illam, Sin donauit filio repeti posse, & condici, quod donatum est, quanto locupletior ex ea donatione pater factus fuit: Quo responso videtur Scæuola vtramq; actionem dare vxori contra maritum etiam constante matrimonio, Nec tantùm actionem annalem de peculio, sed etiam condictitiam illam quæ nascitur ex reuoca-
tione

tione donationis factæ inter virum & vxorem, Quam tamen actionem nos supra diximus non dari nisi soluto matrimonio; cùm non detur nisi in quantum ille qui donationem accepit locupletior ex ea factus est. Quatenus autem locupletior factus sit, statui debeat inspecto eo tempore quo de dote agatur *l. si cum mulier 50. eod. tit.* Verùm dici meo iudicio non incommodè potest, responsum hoc Scæuolæ propriam in vtraque actione & specialem habere iuris rationem. In actione quidem annali de peculio, Ne actio illa quæ anno concluditur mulieri pereat si non intra annum exerceatur. Quæ tamen ratio facere tantùm posset, vt litem contestari actionis tantùm conseruandæ & perpetuandæ gratia, nō etiam vsque ad condemnationem perueniri oporteret *l. 1. §. vltim. D. de ser.* In actione verò condictitia, quoniam donatio non in maritum ipsum sed in mariti filium collata proponebatur: Filius autem viuis parentibus defunctus, cuius obitu certum erat non modò extinctam donationem esse, verùm etiam ita extinctam vt amplius cōualescere postea nūquam posset *d. l. à marito 18. C. de don. int. vir. & vxor.* Non enim hoc casu inspiciēda est persona patris cui donationis commodum & emolumentū acquireretur per filium si donatio valeret, sed persona ipsius filij in quem collata donatio est *l. cum hic status 32. §. si filiusfamilias 17. & seqq. vers. in hac autem donatione D. eod.* Sanè actio vna est de qua negari nō potest quin constante matrimonio mulieri cōtra maritum competat. Sic enim scriptum est *in l. hac actio 65. D. solut. mat.* Sed quænā illa sit non facilè dici potest cùm sumpta sit lex illa, ex Scæuolæ libro singulari Quæstionū publicè tractatarum, sed tam concisè vt nesciri queat de qua actione Scæuola senserit. Neque verò interpretes consentiunt: Probabilius tamen videtur, &, si non ad Scæuolæ, certè ad Triboniani mentē accommodatius, quod Cuiacius docuit ex cōiunctione legis præcedentis & ex *l. filius 14. §. vlt ad leg. Corn. de fals.* intelligendam esse de condictione ex lege Iulia quam lex illa dedit mulieri contra maritum, ad hoc vt cogatur vir reddere statim vxori quicquid ad eum ex manumissione serui dotalis peruenerit. Scilicet quia post solutum matrimonium id exigi iudicio de dote non posset cùm neque in dote fuerit, neque ex causa dotis ad maritum peruenerit *l. dotalem 61. D. solut. matr.* Atque hæc quidem videntur mihi nec falsò nec insubtiliter de supradictis actionibus inter virum & vxorem constante adhuc matrimonio vel concedendis vel denegandis ex vera iuris ratione disputari posse. Sed tamen nō desunt leges, quibus probari posse videatur liquere, quousque maius mihi ocium suppetat inquirendis & examinandis legibus omnibus, quæ in vtramque partem adferri hac in quæstione possent. Est enim quæstio sanè perdifficilis, Vel ob id maximè quòd non desunt leges quibus probari possit, Etiam pœnales actiones plerasque, adeóque turpes, dum ne prorsus famosæ sint, constante quoque matrimonio dari posse. Qualis est actio furti de qua in specie *l. 3. §. 1. D. rer. amot.* legis Aquiliæ in specie *l. si seruus seruum 27. §. si cùm maritus D. ad leg. Aquil.* aut serui corrupti *in l. vlt. D. de seru. corrupt.* Sed dignus tractatus est, qui separatim à nobis sequenti Decade instituatur.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXXII.

ERROR I.

De pœnalibus aut turpibus actionibus inter coniuges etiam manente matrimonio dandis. Ad l.3.§.1.D.rer.amot.l.si seruus seruum 27.§.si cum maritus D.ad leg.Aquil.l.vlt.D.de seruo corrupt.

QVI vident scriptum esse *in l.2. Cod.rer. amot.* constante matrimonio neque pœnalem, neque famosam actionem inter coniuges competere, Sicuti non dubitant quin aliæ omnes actiones competant, quæ nec pœnales sunt, nec famosæ, quamuis nullam possint rationem reddere, Cur non ergo competat etiam actio rerum amotarum durante quoque matrimonio quam certissimum est, nullomodo pœnalem esse nec famosam, Ita se torquent maximè; vt respondeant ad eos iuris locos, in quibus apertè contrà scriptum videtur, non modò pœnalem, quod facilius est, sed etiam famosam aut saltem turpem actionem cõiugi aduersus coniugẽ dandam esse. Nos verò tantò difficiliùs hoc admittimus, quod neq; post diuortium fieri posse arbitramur vt famosa vel turpis actio inter eos detur qui cõiuges fuerunt, In honorem scilicet transacti matrimonij, quomodo interpretamur quod scriptũ est *in l.2.D.eod.* Alioqui nõ erat cur Prætor singulare iudicium induceret Rerum amotarum aduersus eam quæ vxor fuisset si præsentis tantùm non etiam præteriti matrimonij pudor, vt Iustin. loquitur *in l.vlt.§.vlt. C.de furt.* actionem furti denegandam suasisset, Quando nec nisi soluto matrimonio competit actio Rerum amotarum vt omnes consentiunt ex *l.1.l.rerum 25.& pass.eo. tit.& d.l.2.Cod.eod.* Primus locus occurrit *in l.3.§.1.D.eod.tit.* vbi scriptum est si seruus vxoris furtum fecerit marito, furti cum ea agi posse, Sed & cum vxore ipsa furti agere possibile esse, Nempe si ei cui heredes sumus furtum illa fecerit, vel nobis antequàm nuberet. Nemo enim nescit actionem furti licèt non sem-

pere

perfamosa sit, puta si ex furto alieno quis conueniatur *l. furti 6. §. si quis alieno & l. seruus 14. D. de his qui not. infam.* semper tamen esse pœnalem quia numquam nisi ad quadruplum datur si furtum fuit manifestum, aut ad duplum si fuit nec manifestum, Quia scilicet numquam persequitur nisi pœnam: Pœna autem dupli tantùm est, vel quadrupli. Ergo si contra mulierem ex furto serui puta dotalis maritus agat furti, quod facere vtique potest, famosa quidē non erit actio, sed pœnalis tamen erit, nec eo minùs competitura, si nostris credimus, etiam constante matrimonio. Nam & *in l. si quis vxori 51. §. serui verò D. de furt.* Vlpianus disertè scribit nequaquam esse ambigendum, quin etiam vxor serui sui nomine furti teneatur. Aliis verò duobus casibus qui ponūtur *in d. l. 3. §. 1.* hoc est Siue mulier ei furtū fecerit, cui maritus heres extitit, siue marito ipsi antequàm illa nuberet, non modò pœnalis erit furti actio quæ contra vxorem exercebitur ante diuortium, sed etiam famosa, quoniam his casibus non ex alterius persona, sed ex propria mulier condemnabitur, Nec difficultatem hanc summouet, quod pro temperamento subiicitur *in d. §. 1.* in hæc verba *tamen propter reuerentiam personarum in vtroque casu furtiuam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem dicimus.* Primùm quia, vt disputauimus in præcedentibus Decadibus, Condictio furtiua licèt neque pœnalis, neq; famosa vllomodo sit, turpis tamen actio est, quia furti nomen præsefert & exprobrationem. Ideóque fatentur omnes veteres post Accursium, & recētiores post Cuiacium, Esse speciale & contra iuris regulas, vt condictio furtiua iis casibus inter coniuges detur, neque extra duos illos casus dari eam posse inter coniuges, nec magis soluto quàm constante matrimonio, pro furto, quod durante matrimonio factū sit. In honorem verò transacti matrimonij non tantùm famosa, sed etiam ea quæ turpis tātùm sit actio inter eos qui coniuges fuerūt, denegatur *d. l. 2. eod.* Deinde, quia sic Paulus loquitur *in d. l. 3. §. 1.* non vt dicat Actionem furti iis casibus non competere, sed solam condictionem furtiuam, At è contrario ita vt dicat Possibile esse vt his casibus contra eam quæ vxor adhuc est, furti agatur. Quibus verbis agnoscit ingenuè, furti actionem competere, Cùm sit impossibile vt agatur actione non competente. Falsum ergo erit, quod scriptum legimus *in d. l. 2. C. rer. amot.* constante matrimonio neutri coniugum neque pœnalem actionem competere, neque famosam. Potiúsque debuerant Imperatores rescribere, Ipso quidem iure & famosam & pœnalem actionem inter coniuges manente quoque matrimonio competere posse. Sed tamen in honorem matrimonij, & ob reuerentiam personarum dari eam non debere. Aliud enim est competere, aliud dari actionem, Sicut & aliud non competere, Aliud denegari, Quia fieri potest vt summo iure competat actio, quæ tamen ob causam aliquam deneganda sit, Et contrà vt detur per Prætorem actio ei cui nulla stricto iure competit, Sed vt deneganda sit ea quæ nec competit, fieri numquam potest. Non habent sanè interpretes nostri quod comminisci possint vt se hinc euoluant. Nam quod dicunt, Esse istos casus speciales nulla tamen specialitatis allata ratione, nugatorium est. Quid enim refert, an furti conueniatur vxor à marito propter furtum quod ipsa fecerit, vel viro suo ante nuptias, vel alij post contractas nuptias cui maritus heres extiterit, An verò ex causa furti quod ipsa viro fecerit iam contracto matrimonio? An non his omnibus casibus infamis sit mulier adhuc vxor manens? Quòd si nimis durum & intolerabile illud creditur vt maritus infamem vxorem faciat, etiam ob furtum quod ipsa iam vxor facta admiserit,

Quantò durius & intolerabilius est, vt agere marito infamis fiat propter furtũ, quod illa vel alij quàm marito, cui tamẽ maritus heres extiterit, vel ipsi quidem marito, sed ante nuptias fecerit? At nodũ hunc facilè dissoluet quisquis nobiscũ sentiet. Docuimus namque in superioribus, id quod à Paulo scriptum est *in d. l.3.§.1.* de danda furti actione contra mulierem ex furto serui, sic esse accipiendum, vt tamen non nisi post solutum matrimonium actio illa exerceatur, & eo tempore quo agi posset ac deberet Rerum amotarum, si mulier ipsa furtum fecisset. Sensus enim est Posse mulierem conueniri furti, post diuortium, non solùm eo casu quo ipsa res ante diuortium amotas post diuortium quoque contrectauerit, sed etiam si constante matrimonio seruus eius furtum fecerit: quod eo casu neque famosa, neque turpis actio futura sit, licèt non possit nõ esse pœnalis. Quod verò ibidem ex Paulo subiicitur, Etiam cum ea quæ vxor adhuc sit posse agi furti si vel furtũ illa viro fecerit antequàm nuberet, vel alij cui maritus heres fuerit, Totum id non Pauli sed Triboniani esse ostẽdimus. Quemadmodum & temperamentum illud, vt pro actione furti danda sit potiùs vtroq; illo casu condictio furtiua. Itaque ex his tribus casibus, neque primus obstat sententiæ nostræ qua defendimus constante matrimonio nullam ex maleficio pœnalem & famosam actionẽ coniugi aduersus coniugem competere, nedum eam quæ quoquomodo vel pœnalis, vel famosa videri possit, Neq; duo posteriores, nisi apud eos qui Tribonianeam iurisprudentiã habeant, pro Papinianea, quod à me certè nunquã impetrabunt. Secunda obiectio est ex *d.l.si seruus seruum 27. §.si cùm maritus D.ad leg. Aquil.* vbi dicitur teneri mulierẽ lege Aquilia si cùm maritus dedisset ei margaritas extricatas vt eas in vsu haberet, illa inuito vel inscio viro eas perforauerit vt iis pertusis in linea vteretur, *siue diuerterit*, inquit, *siue nupta sit adhuc.* Siquidem in cõfesso est actionem legis Aquiliæ esse pœnalem, ob repetitionem illam quam continet vel anni retrorsum computati vel triginta dierum proximorũ in re quanti plurimi fuerit æstimanda *l.qui seruum 34.in fin.D.de oblig. & action.§.his autem verbis. Inst.de leg. Aquil.* vbi additur actionem illam hac de causa non dari contra heredem, quæ tamen dari deberet si pœnalis actio non esset, id est si supra damnum lis nunquam æstimaretur. Sed respondent nostri Vlpianum *in d. §.si cùm maritus*, non de lege Aquilia, vel vt dicam melius de legis Aquiliæ actione directa intelligi debere, sed de illa in factũ cuius mentionem fieri vident *in d.l.2.C rer.amot.* id est quæ de solo damno sarciendo in simplum detur, ac proinde quæ non magis pœnalis vlla ex parte, quàm famosa dici possit. Quæ tamen interpretatio si non esset necessaria, mihi paullò durior videretur: Cùm apud Vlpianũ verbum nullũ sit de actione in factum, sed tantùm de lege Aquilia, quam non solent prudentes nostri dicere nec actionẽ legis Aquilię pro actione in factũ, vt nec è cõtrario actionẽ in factũ pro actione legis Aquiliæ Nã si adeò sunt diligẽtes Iurecõsulti in distinguẽdis casibus quib. cõpetit actio directa legis Aquiliæ, ab iis quibus datur tantùm vtilis, quãuis soleant directæ & vtiles eiusdẽ esse potestatis eundẽmq; effectũ habere vt ait *l.actio 47.D.de negot.gest.* Neq; hoc cõtẽti, dederũt prætereà operã vt inducerent actionẽ in factũ subsidiariã, quæ iis casibus locũ haberet quibus legis Aquiliæ actio prorsus deficeret, nec minùs vtilis quàm directa si quo casu dãni restitutionem fieri æquitas postularet, vt Iustinianus noster tractat *in §.vlt.Inst. de leg. Aquil.* & latiùs prudentes nostri *in tit. Pandect. Ad leg. Aquil.* quis credet Vlpianũ quo non alius diligẽtior aut felicior fuit in partitẽ loquẽdo, vsque adeò impropriam locutionem vltrò affectasse, vt de legis Aquiliæ actione locutus sit cùm

Et cùm de sola in factum actione sentiret? Actionem enim siue legis Aquiliæ, siue aliam cùm simpliciter prudentes dicunt, semper directam intelligunt, vtilē verò nūquam, nisi cùm disertè exprimunt. Et verò cùm directa actio legis Aquiliæ ita demùm competat si quis corpore suo damnū dederit, Vtilis verò ita si alio modo quàm corpore suo damnum intulerit, In factum autem subsidiaria non aliter, quàm si neque corpore damnum datum, neque corpus læsum fuerit *d.§.vlt.Inst.de leg.Aquil.* quis non videt in ea specie quam Vlpianus tractat *in d.§.cùm maritus*, neque actioni legis Aquiliæ vtili, neque actioni in factum posse locum esse, sed omnimodo directam legis Aquiliç actionem competere aduersus mulierem, quæ non solùm dolo, sed etiā corpore suo margaritis quas à marito acceperat, damnū dedit. Videtur autē hæc eadem sententia & interpretatio probari multò apertiùs ex Iuliano *in l.si mulier 37.D.de donat. int. vir. & vxor.* vbi ait ille in specie non valde dissimili, id est, si mulier dolo fecerit ne res extaret sibi à marito donata, vel ad exhibendum, vel damni iniuriæ cū ea agi posse. Quid.n.aliud est actio damni iniuriç quàm actio legis Aquiliç de dāno iniuria dato? Id namque est, quod Iustin. scribit initio *d.tit.de leg.Aquil.*actionem damni iniuriæ per legem Aquiliam constitui, Nempe quia eadem lex Aquilia omnibus legibus quæ ante se de damno iniuria dato locutæ fuerant derogauit, vt testatur Vlp. *in l.1.eod.* Cūmque Iulianus *in d.l.si mulier*, non tātùm actionem damni iniuriæ & legis Aquiliæ det marito contra mulierem, sed etiam actionē ad exhibendum, de qua ideò dubitari minùs poterat, quod iis præcipuè competat qui rem exhibitam vindicare postea possint, *l.1.& pass. D.ad exhib.* cur non æquè ac tam facilè meminisset commentitiæ istius actionis in factum, si qua ratione competere illam existimasset? Ac ne dicas idem ei contigisse, quod Vlpiano vis imponere vt aliud scripserit, aliud senserit, subiungit Iulianus noster *maximè si post diuortium id commiserit.* Qua adiectione docet apertissimè iisdem actionibus teneri mulierem, quæ dolo fecit ne res extaret sibi donata, siue ante, siue post diuortium id fecerit, quamuis maior ratio sit vt ex eo quod post diuortium quàm ex eo quod constante matrimonio fecit, teneatur, quasi liberiorem in rebus mariti durante quoque matrimonio grassandi potestatem habere debeat, ob indiuiduam illam vitæ, & totius diuini humaníque iuris societatem, quàm vbi societas illa per diuortiū dissoluta est. Atqui si tale quid mulier post diuortium admisisse probaretur, nemo diceret conueniendam eam ex hac causa actione in factum, potiùs quàm directa legis Aquiliæ. Quid enim obstaret quominus actione illa directa teneretur, & post solutū matrimonium, & propter dolum quem æquè soluto iam matrimonio admisisset? Nec subesset necessitas vlla inducendæ huiusmodi actionis in factum subsidiariç, quam neque nostri putant esse necessariam, nisi cùm id agit maritus vt indemnitatem ab vxore constante quoque matrimonio consequatur. Ergo nec si constante matrimonio damnum iniuria datum sit à muliere in specie *d. l.si mulier*, eóque nomine agere maritus volet, actioni tamē in factum Iulianus locum vllum daret. Alioqui debuisset distinguere casus illos quos coniunxit. An mulier ante diuortium, an post fecisset dolo ne res sibi donata extaret, Vt priore casu teneretur actione in factum non legis Aquiliæ, & damni iniuria dati, Posteriore verò actione damni iniuriæ & legis Aquiliæ, non in factum. Hoc autem admisso vt legis Aquiliæ actio & quidem directa eo casu locum habeat, non possit dicere cum Accursio & Cuiacio damnum illam esse in simplum duntaxat, vt non sit

pœnalis. Inaudita namque est, & incognita prudentibus nostris actio legis Aquiliæ quæ non pœnalis sit, cùm ab initio eam huic actioni naturam lex Aquilia dederit vt pœnalis esset, ac proinde omnino necesse sit, vel nullomodo actionem dari legis Aquiliæ, vel talem dari qualis per legem inducta & comparata est. Cui conuenit, quod Paulus scribit *in l. penultim. ad legem Aquil.* Mulierem si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliæ conueniri. Quid enim aliud sibi volunt verba illa *pro tenore legis Aquiliæ* quàm si scriptum esset *secundum eam formam quam lex Aquilia præscripsit*. Non ergo in simplum, sed cum repetitione triginta dierum, vel anni proximi retrorsum computati, quæ res facit pœnalem actionem. Etsi video Accursium suæ illius interpretationis perpetuò memorem ad illum ipsum locum notare Actionem legis Aquiliæ dixisse Paulum pro actione in factum, quod multò minùs ferre possum, cùm Pauli verba supradicta repugnent apertiùs quàm Vlpiani. Quid ergo melius adferre possumus, quod respondeamus? Nos enim negamus actionem vllam pœnalem, præsertim quæ ex maleficio nascatur dari posse inter coniuges durante matrimonio, Ergo neque actionem legis Aquiliæ, quippe quæ non tantùm ex delicto nascatur, sed etiam sit pœnalis. Tentabam aliquando, an dici posset, Teneri quidem legis Aquiliæ actione & quidem directa mulierē, quæ damnum per iniuriam viro dedit, siue adhuc nupta, siue post diuortium dederit; & teneri iam ab eo ipso tempore quo damnum datum est, cùm nascatur ea actio ex damno: Sed tamen non dari eam actionem marito statim vt possit eam exercere constante adhuc matrimonio, sed diuortio tantùm secuto. Nec enim verbum vllum est in supradictis locis omnibus, ex quo possit colligi eam aut Vlpiani, aut Iuliani, aut Pauli sententiam fuisse, vt existimauerint legis Aquiliæ actionem constante quoque matrimonio inter coniuges dandam esse. Quòd si hæc quoque interpretatio durior & supradictarum legum verbis minùs conueniens videbitur, Nihil certè relinquetur quod melius dicere possimus, quàm quod Accursiani volunt, esse illas necessariò intelligendas de actione illa in factum, de qua loquitur *dict. l. 2. Cod. de rer. amot.* & quam Imperatores eo loco scribunt dari etiam constante matrimonio: Tam apertè vt obiectionem hanc nemo possit effugere nisi qui legem totam negare velit. Cum qua etiam consentit quod ex Marciano scriptum legimus *in l. vltim. D. de seruo corrupt.* De cuius tamen sententia superest vt aliquid dicamus.

ERROR SECVNDVS.

De actione serui corrupti an detur inter coniuges etiam constante matrimonio. Ad l. vlt. D. de seruo corrupt. Et ad l. si ego 9. §. vlt. D. de iur. dot.

SCRIBIT Marcianus *in l. vltim. D. de seru. corrupt.* Serui corrupti nomine etiam constante matrimonio marito in mulierem dari actionem, sed fauore nuptiarum in simplum. Quæ verba *constante matrimonio* nullum dubitationi locum relinquere videntur quominus de actione illa Serui corrupti etiam constante matrimonio inter coniuges danda Marcianus senserit: Et tamen ne dari eo tempore debere videretur, duplex ratio impediebat, Vna quòd sit actio illa sui natura

pœnalis

pœnalis, cùm detur ad duplum eius quod reuera interest *l.1. l.si quis seruum 9.§. datur l.vt tantùm 14. §. in hac actione eod. tit.* Altera quòd licèt non sit famosa, negari tamen non potest quin vel nomine ipso sit turpis *l. nec quicquam 56. D. pro socio.* Certum autem est in honorem etiam transacti & præteriti matrimonij turpem actionem inter eos qui coniuges fuerunt, denegari *l.1.l.2. D. rer. amot.* Tantùm abest vt constante adhuc matrimonio inter eos dari possit, Etsi autem prior dubitandi ratio tollitur ex eo quod Marcianus admittit fauore nuptiarum non esse dandam actionem illam nisi in simplum, quæ res facit vt pœnalis dici hoc casu non possit, cùm eius duntaxat quod reuera interest persecutionem contineat. Posterior tamen illa semper manet, quòd actio De seruo corrupto, si non famosa, saltem sit turpis. Quod Accursius noster non intellexit qui ad *d.l.vltim.* notat, Actionem illam famosam non esse, probátque ex eo quod detur marito aduersus vxorem, etiam constante matrimonio. Propositio quidem vera est quia serui corrupti actio non recensetur inter eas quæ ex Prætoris edicto infamiam irrogant condemnato, de quibus *in l.1. & tot. titu. D. de his qui not.infam. & in l.infamem 7.D.de public.iudic.* Sed illatio tamen & collectio falsa est, quia probari æquè posset, ne quidem turpem esse actionẽ, quando non tantùm famosæ actiones, sed illæ etiam quæ tantùm turpes sunt, denegantur inter coniuges, adeóque soluto etiã matrimonio *d.l.2. D.rer.amot.* Qua ratione docuimus in præcedentibus, Condictionem furtiuam licèt famosa non sit, quia tamen turpis est non dari marito contra vxorem, nec vxori contra maritum, siue constante matrimonio, siue soluto. Atqui actionem serui corrupti turpem esse certissimum est *dict.l.nec quicquam.* Vnde illud etiam fit, quod scriptum est *in l.parens 5. §.vlt. & legib. seqq. D.de obseq.parent. & patron.præst.* Aduersus parentem, patronum, patronam, liberósve aut parentes patroni patronæve non solùm famosas actiones dandas non esse, sed nec illas quæ doli, vel fraudis habent mentionem licèt famosæ non sint, Ideóque nec serui corrupti agi cum iis posse: Vt intelligamus actionem serui corrupti famosam quidem non esse, sed tamen turpem esse quòd corruptionis mentionem habeat, quæ corruptio sine dolo malo esse non potest *d.l.1. l.3. 4. & 5. & pass. De seruo corrupt.* Erróntq; in eo nostri interpretes quòd infamiam & turpitudinẽ in designandis actionibus habent pro synonimis, cùm tamẽ multò latiùs pateat turpitudo, quàm infamia. Omnis nãq; actio famosa hoc ipso turpis est, At nõ vicissim omnis actio turpis famosa est, vt in condictione furtiua manifestè apparet: Manifestiùs autẽ in exceptionib. quæ turpes facilè esse possunt qualis est exceptio doli, & De eo quod vi metúsve causa & si quæ sunt similes. At famosæ esse nunquã possunt, quia infamiam adfert sola sententia & condemnatio, quæ porrò nulla sequi potest ex exceptione, sed potiùs impediri: nec eo minùs tamẽ denegantur aduersus eas personas quibus debetur reuerentia, quod turpitudo quæ ipsis inest suggillet existimationẽ eorũ quibus obiiciuntur, saltẽ apud bonos & graues viros *l.4.§.aduersus D.de doli mali & met.except.* Idémq; etiã cernere est in plerisq; interdictis, Puta Vnde vi, & Quod vi aut clam. Quanquã enim neq; Vnde vi, neq; aliud vllũ interdictũ famosum est *l.neq; vnde vi 13. D. vnde vi l.si Præses 32. D.de pœn.* Turpe tamen est, quia violentiæ mentionem habet, quæ sine dolo esse non potest, non magis quàm corruptio, & atrocitatem facinoris in se continet, vt loquitur Vlp. *in l.1.§.interdictum hoc 43.D.vnde vi & de vi armat.* vbi hanc ob causam scribit verius esse nec liberto in patronum, nec liberis aduersus parentes interdictum illud dandum esse, meliúsque esse vt in factum

actio his competat, nisi vis armata interuenisse proponatur, Quod & scriptum est *in l.licet 7.§.nec exceptiones D.de obseq.parent. & patr. præst.* Illa igitur dubitatio semper manet, Cur actio serui corrupti quæ licèt non famosa, turpis tamen est, detur marito contra vxorem etiam constante matrimonio. Nec quærenda ratio est ab Accursianis, aut aliis qui actionem turpem à famosa non distinguunt. Putant enim illi omnibus his obiectionibus satisfactum esse, cùm à nobis impetrauerint, non esse famosam actionem, à Marciano autem non esse pœnalem quippe quæ in simplum duntaxat danda sit fauore nuptiarum: Neque vident multò esse difficilius, vt actio, quæ nec pœnalis, nec famosa est detur inter coniuges manente matrimonio, si modò sit turpis, quàm vt ea quæ est pœnalis, dum ne famosa, vel turpis. Honor enim maritalis longè magis exigit vt parcatur famæ & existimationi coniugis, quàm vt pœna pecuniaria ei remittatur, quæ cum existimatione nihil commune habet ne quidem apud bonos & graues viros. Cuiacius verò etsi Accursianum errorem in eo imprudens sequitur, quòd turpem actionem à famosa non distinguit. In eo autem grauiùs peccat quàm Accursius quod actionem serui corrupti famosam esse admittit, quæ tantummodò turpis est, Accursius verò nec turpem eam esse videt, Respondet tamen ex *l.vlt.inquit C.de furt.* fauore nuptiarum siue propter fauorem nuptiarum in vxorem dari actionem serui corrupti, Et in simplum tantùm, id est in id solummodò quod interest non pœnalem in duplum, vt ipsa lex ait, Et prætereà sic, vt si intentetur constante matrimonio verbis temperanda sit in factum, detracta omni atrocitate & infamia verborum. Parum accommodatè meo iudicio. Non enim de actione serui corrupti loquitur Iustinianus *in d.l. vlt.* sed de actione furti: Quam negat quidem dari debere inter coniuges ob suam atrocitatem, sed malè addit *constante matrimonio*, quia nec soluto eo danda est ob furtum quod mulier in ipso matrimonio & ante diuortium admiserit: cùm ob eam causam necesse fuerit induci à Prætoribus singulare iudicium Rerum amotarum cui nec nisi propter furtum matrimonij tempore factum, nec nisi soluto iam matrimonio locus esset, Sicuti nos in superioribus contra Tribonianum disputauimus, cuius tota illa iurisprudentia est. Itémque illa, quòd actionem rerum amotarum dat inter coniuges etiam constante matrimonio, quod ante ipsum nemo ex prudentibus vnquam dixerat, nec vllo casu admiserat. Melius igitur aliquid quærendum est quàm quod possit colligi ex peruersa illa Triboniani eruditione. Sed & in eo errat perpetuò Cuiacius, quòd non aliter vult actionem serui corrupti temperandam esse verbis in factum, quàm si constante matrimonio intentetur, Quasi nihil absurdi sit turpem & famosam actionem exerceri soluto matrimonio aduersus eam, quæ vxor fuit, Contrà quàm apertè scriptum est *in d.l.1.& 2.D.rer.amot.* Ego verò non inficior quod ait Cuiacius tẽperãdam esse verbis in factum actionẽ serui corrupti, vt & aliam quamlibet quæ propter atrocitatem, & infamiam verborum turpis videri possit, Sed dico adhibendum esse hoc temperamentum non modò si constante matrimonio, sed etiam si soluto eo talis actio exerceatur: vt nõ minùs præteriti quàm præsentis matrimonij pudor ius hoc extorqueat, Cum hac tamen differentia quod constante matrimonio neq; turpis aut pœnalis, neque alia vlla actio permittenda est coniugi aduersus coniugem, siue delictũ ex quo nascitur actio, nuptias præcesserit, siue subsecutum sit. Soluto autem matrimonio ita demũ turpis actio aduersus eam quæ vxor fuit deneganda est si ex eo facto mulier conueniatur, quod ipsa constante adhuc matrimonio admiserit, &

eo tem-

eo tempore quo indiuidua illa vitæ societas, peccandi si non causam & rationẽ, saltẽ materiam, & occasionem præbuerit. Itaque vt tandem respondeamus ad *d. l. vlt. D. de seru. corrupt.* dicendũ sanè est, non dari eo loco actionem serui corrupti, aut, quod idem est, De seruo corrupto coniugi aduersus vxorẽ, sed illud tantùm Marcianũ dicere, Serui corrupti nomine vxorem à viro conueniri posse: quod longè diuersum est. Nam illa verba *serui corrupti nomine* hoc tantùm significant *ob seruum corruptum.* Fieri autem potest vt ex ea causa serui corrupti agatur alia actione quàm De seruo corrupto, puta actione in factum de damno dato, vt & Accursius & alij interpretantur *ad d. l. vlt. ex d. l. 2. C. rer. amot.* Sic enim dicimus Rerum amotarum nomine posse fiscum agere contra mulierem quæ res amouit, si quoque iure bona mariti fisco delata & vindicata sint *l. ad fiscum D. rer. amot.* Et tamen nemo dixerit fiscum in ea specie agere rerum amotarum, Est enim iudicium illud singulare inter eos duntaxat inductum qui coniuges fuerunt, Nisi quòd etiam heredi coniugis datur in solidum aduersus coniugem superstitem, non similiter aduersus heredes nisi in quantum ad eos peruenit *l. si mulier 21. §. hac actio eod.* iunct. *l. vlt. C. eod.* Postrema obiectio quæ diluenda nobis superest, vt generaliter verum maneat quod defendimus, Actionem inter coniuges famosam constante matrimonio neque competere, neque dari posse, Ex eo est, quòd in vxorem datur actio depositi & mandati *l. si ego 9. §. vlt. D. de iur. dot.* quæ tamen sunt famosæ *l. 1. D. de his qui not. infam.* Respondet Cuiacius ita demum famosas esse actiones illas si agatur de perfidia depositarij & mandatarij, Ob idque si quando inter coniuges dentur sic esse temperãdas vt non exprimatur causa perfidiæ, aut violatæ fidei, sed illæsa existimatio mulieris conseruetur. Ego verò iam respondi in præcedentibus id quod scriptum est *in d. l. si ego §. vltim.* de danda depositi vel mandati actione viro contra mulierem, sic intelligendum esse vt detur soluto demum matrimonio. Idque probaui ex illis Vlpiani verbis *ne si quandoque separatio fiat, negetur.* Sed tamen quia non magis pati possum vt famosa, adeóque turpis tantùm actio detur marito contra vxorem soluto matrimonio, quàm vt eo adhuc constante si modò nascatur actio ex eo quòd durantibus nuptiis factum sit, Respondeo actionem depositi aut mandati nõ esse famosam aut turpem solo nomine, vt sunt illæ quæ doli vel fraudis mentionem habent, quia non supponit dolum in necessarium antecedens, licèt dolum præcedere aliquem necesse sit vt sequi possit condemnatio, cùm depositarius non nisi de dolo teneatur, *l. 1. §. vlt. D. deposit.* Actio enim depositi nascitur non ex eo primùm & immediatè quod depositum dolo malo non reddatur, aut quòd circa depositum aliquid dolo malo factũ sit priusquàm redderetur, Sed ex eo potiùs quòd depositum re ipsa datum susceptúmq; sit. Id namque est quod Iulianus dicebat, vt refert Vlp. *in l. 1. §. est autem 22. D. depos.* eum qui rem deposuit, statim actione depositi agere posse: id est non expectato eo vt dolũ aliquem depositarius admiserit. Hoc enim ipso facere dolo eum, qui suscepit quod reposcenti rem non reddat, Quanquam nec semper videri potest dolo facere is qui reposcenti non reddit, vt Marcellus ad Iulianum notauit. Quid enim si in prouincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condẽnationis tẽpore non sit facultas: Vel quid si condicio depositionis nondũ extiterit? Et idcirco benè Paulus *in l. si quis infieciatus 13. §. 1. cod. tit.* ait cõpetere quidem condictionem etiam depositæ rei nomine, sed tamen non antequàm dolo admissum sit, Non enim quemquam hoc ipso, quod depositũ accepit condictione obligari, verùm quod dolũ malũ admiserit, cùm tamen certũ sit obli-

gari quem depositi hoc ipso quod depositum accepit, quia depositi obligatio re contrahitur, Cùm ergo sufficiat dolus præsens qui interueniat eo tempore quo agitur depositi, Apparet nihil obstare quominùs depositi actio detur soluto matrimonio contra eam quæ vxor fuit sine vllo verborum temperamento, quãuis ex eo futurum sit vt condemnata mulier infamia notetur. Nempe quoniã ea ratione vindicatur dolus post solutum iam matrimoniũ admissus, Quo casu nullus matrimonij præteriti fauor est qui eiusmodi actionem impedire possit aut debeat. Quemadmodum dicimus si ea quæ vxor fuit, mariti quondam sui res contrectet, post diuortium etiam eas ipsas quas constante adhuc matrimonio iã amouerat, posse illam furti actione perinde eo nomine conueniri acsi numquã vxor fuisset *d.l.3.in princip. D.rer. amot.*

ERROR TERTIVS.

De sublata per Iustinianum retentione ob res amotas, & ob impensas, Et an hodie vllus possit esse vsus actionis rerum amotarum.

DICAM hoc etiam capite rem nouam, necdum ab vllo, quod sciuerim tentatam, sed quam non erit mihi difficile probare, Nullum hodie vsum esse posse actionis Rerum amotarum, Et consequenter retentionem illam ob res amotas quæ toto Pandectarum & Codicis iure obtinuit vsque ad Iustiniani constitutionem *in l.vnic.C.de rei vxor.act.* & quam Iustinianus ea constitutione sustulit prætextu actionis rerum amotarũ hodie restituendã esse, nec nisi valde iniquè tolli à Iustiniano vel olim potuisse. Vtrumque nouum certè est, sed vtrumque tamen verissimum, Ac primum quidem illud quod dicimus, Actionis rerum amotarum nullum hodie vsum esse posse. Si enim iuris rationem, prudentúmque responsa quæ de huiusmodi actione extant, intuemur, nihil certius est, quàm quod in superioribus nos sæpius inculcare necesse fuit, Actionem rerum amotarum non aliter locum habere vnquàm potuisse, quàm si consilio & cogitatione diuortij res amotæ probarentur & diuortium postea secutum esset. Quod cùm plerisq; locis iuris nostri traditum est præsertim verò *in tit. Rer. amot. D. & C.* vbi vix vnquam fieri videas mentionem Rerum amotarum quin adiectio illa *diuortij causa* præcedat, vel sequatur, Tum verò omnium apertissimè *in l.rerum quidem 25. D. eo.* sumptã ex Marciani libro tertio Regularũ, vbi quasi ex regula iuris traditur Rerũ amotarũ iudiciũ sic habere locũ si diuortij cõsilio res amotæ fuerint & diuortiũ secutũ sit, Ex quo infert Marcian⁹ si in matrimonio vxor res marito subtraxerit, cessare actionẽ Rerum amotarũ, Nec aliud superesse auxiliũ marito nisi vt ipsas res amotas mulieri cõdicat: Quòd iure gentium condici possint res ab his qui non ex iusta causa possident, Idque est quod toties diximus actionem rerum amotarum non dari constante matrimonio, sed eo demùm soluto, nec contra eam quæ vxor est, sed aduersus eam quæ vxor fuit *d.l.2.C.eod.d.l.1.D.eod.* Adeóque si soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem institutum sit, redintegrato rursus matrimonio solui iudicium *l.vlt.eod.tit.* Vt è contrario si redintegrato matrimonio diuortium iterum factum sit, placet manere actionem ob res amotas prioris diuortij causa, itémque ob impensas & donationes priore matrimonio factas. *l.redintegrato 23. eod.* Vsque adeò autem verum est non aliter posse locum esse iudicio rerum amotarum quàm si cõsilio & cogitatione diuortij res amotæ sint, Vt si mulier cùm de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus

rebus diuertisset, deinde vir conualuisset, non ideò tamen directa rerum amotarum actio competere posset, sed tantùm vtilis, quia cogitatione mortis mariti potiùs quàm diuortij causa amotæ essent, licèt diuortium postea secutum fuisset *l. si mulier 21. in princip. eod. tit.* Atqui nemo nescit Christianis moribus, & ex ipso diuinæ vocis oraculo sublata omnino esse diuortia, Ita vt si quando thori separatio permittenda sit puta ex causa adulterij, vel ob alios coniugum malos mores, nihilominus matrimonij vinculum maneat, tanquam inuiolabile propter sacramenti religionem, & sanctitatem qua subnixum est. Rerum ergo amotarum iudicio locus hodie numquam esse potest. Nec si ponas fuisse res amotas consilio & cogitatione futuræ huiusmodi separationis thori, quæ veteris diuortij vel vmbram vel imaginem quandam videtur continere. Nam nec olim imago diuortij sufficere poterat vt rerum amotarum agi posset, Sed verum diuortium intercessisse oportebat: Quod porrò non aliter intercessisse videbatur, quàm si vel aliæ nuptiæ secutæ essent, vel tam longo tempore vidua fuisset, vt dubium non foret alterum esse matrimonium, etiamsi ad eundem virum postea vxor reuersa esset *l. vir mulieri 64. D. de donat. int. vir. & vxor.* Cæterùm si quando contingebat olim vt mulier & maritus diu seorsum quidem habitarent, sed inuicem tamen matrimonij honorem haberent, quod inter consulares quoque personas aliquando vsuuenisse proditum est, durare tamen nuptiæ intelligerentur, ob idque inter tales coniuges non minùs quàm inter cæteros donationes prohiberentur, *l. cùm hic status 32. §. si mulier. eod. tit.* vbi rationem Vlpianus adfert quòd non coitus matrimonium faciat, sed maritalis adfectio. Cur ergo admittamus separationem thori quę moribus nostris permissa est cõparandam esse hac parte vero diuortio, cùm maneat inter coniuges etiam inuitos & honor & nomen matrimonij, nec aliæ nuptiæ sequi vnquam possint, nec quantocunque tempore duret separatio thori, efficere vt quandocunq; reuersa vxore ad virum aliud matrimonium videri possit. Nam si sola illa thori separatio iam olim & quo tempore libera erant diuortia, non adeò referebat imaginem diuortij, vt non potiùs matrimonij honorem conseruaret, Quanto minùs hodie comparanda erit diuortio, quod nec cum bona gratia, nec ex vtriusque coniugis consensu fieri possit? Quare neque ferre illud possum, vt saltem vtilis Rerum amotarum actio dari hoc casu debeat, Tam enim nouum & inauditum est vt actio vtilis rerum amotarum, quàm vt directa detur constante matrimonio, nec tempore differunt vtilis & directa, vt neque effectu sed tantùm causa *d. l. si cùm mulier & l. 5. D. rer. amot.* His consequens est, vt tantò magis necessaria hodie sit retentio ob res amotas, quæ olim tantopere fuit in vsu, Et quam tamẽ Iustinianus sustulit *in dict. l. vnic. §. taceat C. de rei vxor. act.* equidem ea mente vt more suo dotibus plus æquo faueret, sed tamen non alio colore, quàm quòd marito posset sufficere actio Rerum amotarũ. Quæ tamen ratio euidenter mala & manca est, Non ob id solùm, quòd cõmodius cuiq; sit prospicere sibi per retentionem & exceptionem quàm per actionem *l. 1. D. de pign.* quódq; perpetuò & sine exceptione verũ sit, Cui damus vltrò actionẽ multò magis exceptionẽ si cõueniatur ei dandá esse *l. 1. §. is autem D. de superfic. §. cui damus l. 156. de reg. iur.* Sed etiã quia multò latiùs semper patuit retẽtio ob res amotas, quàm actio rerũ amotarũ Nõ enim quod in dãda rerũ amotarũ actione inspiciẽdũ esse diximus an consilio, & cogitatione diuortij res amotæ sint, idem in concedenda ob res amotas retẽtione obtinet. Quocũq; enim cõsilio amotæ sint, siue diuortij causa,

siue nullo præmeditato diuortio, dubitãdum non est quin olim competierit eo nomine retentio ac veluti compẽsatio quædam, tametsi actio rerum amotarum competere non posset, *l.1. Cod. rer. amot.* si ponderes verba illa *eo magis quod ea te persequi dicis, &c.* Quidni verò? Nam & amotis iis rebus quæ vel propriæ essent viri, vel dotales, certum est potuisse illas & vindicari & condici *l. ob res amotas 24. D. rer. amot.* idque non adhibita ea distinctione an diuortij consilio amotæ essent necne, Quid enim habebat illud commune cum causa dominij, quæ sola vindicationem parit? An fortè ob id minus est dominus rerum amotarum maritus, quod vxor quæ amouit nihil cogitauerit de diuortio? An ob id quoq; minùs verum est iniustè possideri ab vxore res, quas illa tanquam in eodem matrimonio perpetuò mansura dolo malo amouerit? Quòd si tum quoque cùm nullo diuortij consilio res amotæ sunt vindicationem nihilominùs habet maritus & condictionem, Cur non multò magis habeat retentionem dotis ob easdem res amotas si iudicio de dote conueniatur? An non eadem omni casu subest æquitas concedendæ exceptionis, & retentionis marito, vt ipsius indemnitati ea via consulatur: dummodò probet res sui iuris amotas esse: vt loquitur Imp. *in d. l.1. C. eod.* Non ergo debuit Tribonianus abuti nomine & authoritate Iustiniani vt exceptionem & retentionem ob res amotas tolleret eo prætextu quod competat hoc nomine actio rerum amotarum: Et quamuis Triboniano minùs hac de re succensendum sit, quàm iis qui hodie Tribonianum secuti id ipsum sentiunt, propterea quòd eius temporibus adhuc permissa essent aliquibus casibus diuortia, quæ hodie sunt prorsus interdicta: Errorem tamen Triboniani grauiorem illud facit quòd iam tùm valde coarctata erat vetus illa diuortiorum libertas posteriorum Imperatorum constitutionibus, præsertim Theodosij *in l. consensu 8. C. de repud.* & ipsius etiam Iustiniani *in l. iubemus 11. eod.* per quas factũ est vt non nisi ex certis & iustis causis iisque perpaucis diuortia fieri possunt, quæ poterant olim fieri etiam sine causa, quamuis ea quæ sine causa fiebant, non essent impunita ex parte illius, qui hoc ipso quod diuertendi causam nullam habuerat, diuortij causam præbuisse credebatur.

ERROR QVARTVS.

De sublata retentione dotis ob impensas in l. vnic. §. sed nec ob impensas C. de rei vxor. action.

EADEM ferè ratio fuit quæ mouit Tribonianum vt eadẽ lege tolleret eam quoque retentionem quæ ob impensas dari solebat, Nisi quòd puduit eum tollere retentionem ob impensas necessarias, quippe quæ minuant ipso iure dotẽ, vt eadẽ lex ait, Quamuis tantò magis verum sit posse illas peti per actionem aut mandati si ex voluntate mulieris expressa factæ sint, aut negotiorum gestorũ, si voluntas & mãdatum mulieris non intercessit, Vt proinde si bona est ratio, qua mouetur ille vt tollat retentionem ob impensas vtiles, quod earum nomine competat actio vel mandati vel negotiorum gestorum, idem quoque iuris cõstituere debuerit, quod ad impensas necessarias. Quod verò circa vtiles ratiocinatur, vt earum deductio ex dote, id est per dotis retentionem ideò inhibenda sit, quòd non aliter locum haberet quàm si expensæ factæ essent mulieris voluntate, quæ voluntas non

non tantùm æquitatem exceptionis inducere poterat, sed etiam actionem mandati, adhuc ineptius est. An non enim fauorabilior est maritus qui vtiles impẽsas fecit in rem dotalem ex voluntate expressa mulieris, vt tantò meliorem & vtiliorem faceret causam dotis, quàm qui muliere vel inuita vel ignorante impensas fecit, quantumlibet necessarias? Aut cur non multò magis retentionem habere debeat, cùm possit eo nomine habere etiam actionem mandati? Incautior verò hac parte fuit idem Tribonianus quàm credi possit, qui tollens retentionem dotis ob impensas vtiles etiam ex mulieris voluntate factas, dedit tamẽ marito contra mulierem ex hac causa actionem negotiorum gestorum, si mulieris voluntas in eam rem nulla intercessisse probaretur. Quod olim certè non ita fuit. Nec enim pro vtilibus expensis in dotem factis actio vlla marito aduersus mulierem competebat sed tantùm retentio, quam si prudens & sciens omisisset, vtique repetere non potuisset quod retinere noluisset, quasi qui eas impẽsas donasse videretur. Nam & impensarum, vt cæterarum quoque rerum donatio fieri potest, non quidem constante matrimonio *l. in voluptariis* 11. §. 1. *de impens. in reb. dotal. fact.* sed eo tempore quo matrimonium amplius nullum est, & quo de dote agitur, Neque id dissimulat Tribonianus cùm dat marito actionẽ mandati quasi ex sola Iustiniani authoritate profectam. Quòd si qua actio iam olim pro huiusmodi expensis vtilibus competiisset, non aliter tamen competere haud dubiè potuisset, quàm si eæ ex voluntate mulieris factæ proponerentur, cùm eo solo casu deductio ipsarum fieri posset *l. vtilium* 8. *D. eod.* vbi rationem Paulus reddit, quòd iniquum esset mulierem compelli rem dotalem vendere, vt impensas in eam factas solueret, si aliunde soluere fortassis non posset. Quis enim credat faciliores & procliuiores fuisse prudentes ad dandam actionẽ quàm ad concedendam retentionem & deductionem? Et tamen dat Tribonianus marito actionem negotiorum gestorum contra mulierem ad eas quoque impensas vtiles repetendas, quæ in rem dotalem etiam citra voluntatem mulieris factæ essent. Facit ergo deteriorem in eo condicionem dotis & mulieris quàm esset antea, dum tamen id totus agit vt faciat meliorem. Nec sine magna dotium & mulierum iniuria cùm sit longè æquius locupletari mulierem ex mariti iactura, cui potest imputari cur eas impensas fecerit in rem quam sciebat non esse sibi propriam, non explorata priùs voluntate mulieris quæ nec vltrò prohibendarum impensarum ius habebat, Quàm eo incommodo adfici mulierem vt ob eas impensas farciendas cogatur rem suam vendere: quanquam vtrumque certè iniquum est & à naturali æquitate alienum, ideóque nec admittendum si quid esset quod melius æquius dici posset. Verum hìc euenit vt & aliis plerisque casibus, quod habet iuris regula, vt quoties nihil sine captione inuestigari potest, id necessariò sequendum sit quod minus habeat iniquitatis *l. quoties nihil* 200. *De regul. iur.* Proinde saltem debuerat Tribonianus casum illum excipere, quo tam locuples esset mulier dotem repetens, vt ad restituendas impensas vtiles se insciente factas rem ipsam in quam factæ essent, vendere non cogeretur. Nam & eo casu prudentes veteres dedissent absque dubio impẽsarum eiusmodi deductionem, etiam quæ ignorante muliere factæ fuissent, vt & in aliis casibus in quibus alioquin eadem æquitatis ratio vtilium impensarum deductionẽ impediuisset, quemadmodum scripsimus pluribus in Rationalibus *ad l. in fundo* 38. *D. de rei vendic.* Sed non idcirco tamen potuisset Tribonianus æquè illo casu dare actionem negotiorum gestorum marito contra mulierẽ, quin faceret vim antiquis legibus, ex quibus talis actio nulla dabatur. Nõ quòd deficeret æquitas,

quæ marito succurrendum esse suaderet, Sed quia imputare sibi maritus debuisset qui eo casu per retentionem, quod facere commodiùs & expeditiùs poterat suæ indemnitati non prospexisset. Idem namque omnibus accidit, qui retentiones quas solas habent omittunt, vt scilicet si eas omiserint, necesse sit morari illos in damno *l. si in area 33. in fin. D. de condict. indeb. l. heres 21. D. ad SC. Trebell.* Sed quod addit Tribonianus, *in d. §. taceat*, de voluptariis impensis, vt quamuis ex voluntate mulieris expressa factæ sint non ideò tamen retineri adeóque nec peti possint, sed tantùm permittatur marito vt eas tollat, ídque si sine rei in quā factæ sunt, læsione fieri possit, certè multò absurdius, & iniquius est. Quid enim possis imputare marito, qui in rem dotalem impensas fecit, voluptarias quidem & superuacuas, sed tamē muliere ita mandante ac iubente? Quòd si tam rigidè cum eo agere voles vt non idcirco impensarum huiusmodi voluptariarum deductio per retentionem dotis ei permittenda sit, Quidni saltem adiuuandus erit, vt Iustiniani verbis vtar, actione mandati? Supposito scilicet ex Tribonianea iurisprudentia, Non esse absurdum vt hac de causa faciliùs alicui detur actio, quàm exceptio & retentio: quod tamen antiqui prudentes nostri si audirent, sanè quàm riderent. Est autem tantò iniquius & indignius voluptariarum impensarum nomine quas maritus ex mulieris voluntate fecerit, neque deductionem per exceptionem doli, neque repetitionem per viam actionis competere, quòd potest fieri vno casu vt voluptariæ illæ impensæ euadāt in vtiles, Nempe si rem, in quam factæ sunt, vendi postea contingat, vt scriptum est *in l. quòd si hæres 10. eod. tit. De impens. in reb. dotal. fact.* Cur nō enim hoc saltem casu voluptariarum quoque impensarum nomine si non deductionem tamen petitionem superesse Iustinianus voluit, eo prætereà concurrente quòd ex voluntate mulieris factæ probentur? Sed hęc de retentione dotis ob impensas obiter tractasse sufficiat, vt tantò probabilius maneat, quàm peruersa sit ratiocinatio illa Triboniani tollētis retentionem ob res amotas, eo solo prætextu quòd marito competat actio rerum amotarum.

ERROR QVINTVS.

Retractata interpretatio l. si is qui Stichum 56. §. quod dicitur D. de iur. dot. & de iudicio De moribus, & de compensatione obiicienda actioni Rerum amotarum Ad l. 1. C. rer. amot.

CÆTERA quæ pertinent ad dotis impensas præsertim necessarias, quæ ipso iure dotem minuunt, adeóque interdū ipsa in re, si dos cōsistat, in pecunia numerata, vel in corporibus æstimatis. Nos alibi iam explicauimus, Maximè verò *lib. 1. Conect. cap. 2.* Nisi quod minùs benè ibi docuimus, reprehendi Scæuolam à Paulo *in l. si is qui Stichum 56. §. quod dicitur. D. de iur. dot.* in eo quòd Scæuola dicebat, Si in fundum dotalem impensum sit per partes quanti fundus est desinere fundum esse dotalem, Nisi mulier spōte marito intra annum impensas obtulerit. Hoc enim certè Paulus quoq; probat, sed cùm subiecisset aliam speciē, si pecunia & fundus in dote sint, & necessariæ impēsæ in fundum factæ fuerint, in qua specie dicebat Nerua dotem pecuniariam minui, Quærit Paulus per occasionem, *Quid ergo si mulier impensas marito soluerit, vtrum crescet dos, an ex integro data videbitur?* Nec tamen respondet ad propositam

positam quæstionem, Sed redeundo ad eum casum, quem priùs ex Scæuola tractauerat, ait longè manifestiorem esse iniquitatem in fundo secundum Scæuolæ sententiam, si dicas totam dotē ex integro datam videri, quàm si quæstio in ea dote proponatur, quæ partim pecuniaria sit. Nam si desinat, inquit Paulus dotalis esse fundus vt Scæuola volebat, & rectè, Cōsequēs fiet vt possit alienari. Rursus vbi erit alienatus, quanam demùm arte dotalis iterum fieri poterit data pecunia? An iam pecunia in dote esse videbitur? Et tandem concludit magis esse vt ager in causam dotis reuertatur reddita pecunia, sed interim tamen alienatio fundi prohibeatur. Quod vtrumque omnino congruit opinioni Scæuolæ. Non enim posset ager in dotis causam reuerti si non desineret esse dotalis cùm in eū fuit impensum per partes quanti fundus ipse est. Et tamen æquum est alienationem eius interim inhiberi, quia nec absolutè & simpliciter volebat Scæuola desinere fundum esse dotalem, sed sub ea veluti condicione, aut potiùs exceptione, Nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Itaque quandiu fundus in eo est vt reuerti in dotis causam possit, non est permittendum marito vt possit eum distrahere, quoniam sera esset oblatio pecuniæ postea quàm dominium ad emptorem pertinere cœpisset. Nec enim quemadmodum plerique salua pignoris sui causa consentiunt alienationi rei obligatæ *l.4. §.1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Ita fieri potest vt salua prioris dominij causa res alienetur, cùm alienatio ipsa nihil aliud sit quàm translatio & mutatio dominij *l. 1. C. de fund. dotal.* pignoris autem causa nihil commune habeat cum intentione dominij *l.1.§. cùm prædium D. de pignor. l. iusto errore 44. §. non mutat. D. de vsucap.* Atque ita locus ille accipi proculdubio debet. De retētione quæ olim fiebat quintarum & sextarum dotis ob liberos, alibi etiam scripsimus. Superesset dicendum aliquid de retentione ob res donatas, & ob mores, Sed longior tractatus est, & in opportuniorem locum relegandus. Illud tantùm obseruari volumus, Ex iis causis sicut & ob res amotas non modò retentionem competiisse, sed etiam actionem, Scilicet de rebus donatis duplicē Vindicationē si res donatæ extarēt, & Cōdictionē si res extare desiissent, ita tamē si ex ea cōsumptione locupletior factus esset is ex cōiugibus qui donationē accepisset *l.5. aliàs l. si mulier in fin. D. de donat. int. vir. & vxor.* Itémque ad exhibendū & damni iniuriæ id est legis Aquiliæ si dolo fecisset mulier ne res extaret sibi à marito donata *l. si mulier 37. eo. l. si vir 14. D. ad exhib.* De moribus verò siue grauioribus, qua appellatione sola adulteria significabantur, siue leuioribus, vt puta furtis, duplicem quoq; actionem ciuilem & criminalem. Inter quas illa erat differentia quòd ciuilis admittebat exceptionem compensationis *l. viro 39. l. cùm mulier 47. D. solut. matr.* Criminalis verò nō item *l.2. §. si publico l. si vxor. 13. §. iudex D. ad leg. Iul. de adult.* vt post Accursium nostrum Cuiacius explicat *in d. l. viro.* De quo tamen nihil nūc adfirmamus, Non enim dubitatione aliqua res caret. Cæterùm actionibus illis omnibus siue ciuilibus siue criminalibus commune illud fuit, vt nō nisi soluto demum matrimonio exercerentur, & eo tēpore quo poterat agi iudicio de dote, Erant enim quodāmodo portiones actionis Rei vxoriæ vt Cuiacius supradicto loco scribit. Nā nec in iudicio De moribus de alio quærebatur, quàm vter ex coniugibus ob malos suos mores diuortij causam præbuisset, quod Papinianus satis innuit *in d. l. viro.* In iudicio autē de rebus donatis in quantùm locupletior ex donatione inueniretur donatarius eo tempore quo de dote agebatur *l. si cùm mulier 50. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sicut & in iudicio Rerum amotarum non de alio, quàm quid & quantum amotum esset diuortij postea secuti causa.

Digitized by Google

Locuti autem ideò sumus de actione rei vxoriæ, quoniam actionis ex stipulatu ius erat potentius, vt nulla ei retentio posset obiici *d. §. exceat in fin.* quia vinculum stipulationis sui natura tam arctum est, vt stipulatione interposita nihil aliud quærendum sit, nisi vtrum ea commissa sit, *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. qui Romæ 22. §. Agerius & pass. D. de verb. oblig.* Adeò, vt si mulier post diuortium antequàm ex stipulatu ageret de dote ad eundem virum reuersa esset, dubitaretur, an saltem per doli exceptionem inefficax fieri deberet actio ex stipulatu quousque matrimonium duraret, vt Modestinus tractat *in l. si mulier post diuortium 23. D. de iur. dot.* vbi tamen concludit, Dici constantiùs, vtilem eo casu fore doli exceptionem, ad constituendam inefficacem actionem ex stipulatu quæ alioquin ipso iure competeret & teneret, etiam post redintegratum matrimonium, quod in actione rei vxoriæ diuersum erat, etiamsi iudicium de dote ante redintegrationem matrimonij contestatum iam fuisset *l. si mulier diuerterit 19. D. solut. matrim.* Potuit sanè olim etiam actioni ex stipulatu obiici compensatio rerum amotarum, vt constat ex *l. 1. C. rer. amot.* at non per viam retentionis, sed eo iure quod inductum fuit rescripto Diui Marci, cui placuit vt etiam in stricti iuris iudiciis compensatio possit obiici opposita doli mali exceptione, vt Iustinianus refert *in §. in bonæ fidei. Inst. de action.* Non quasi doli exceptio iudicium bonæ fidei constituere possit, quod ab initio & sui natura strictum fuerat, vt Iacobus Cuiacius Dorotheum Græcum interpretem secutus malè existimat, quē nos in Coniecturis refutauimus, Sed quia doli exceptionem iis omnibus nocere æquum est qui per occasionem iuris ciuilis aliquid moliuntur contra naturalem æquitatem *l. 1. D. de doli mal. except.* Æquitas autem compensationis naturali iure nititur, & pendet ex pręcepto illo iuris naturę gētium, & ciuilis, Quod tibi fieri vis, alteri feceris. Huic porrò consequens est, vt quamuis hodie sublata sit retentio ob res amotas, compensatio tamen rerū amotarum nomine sublata non sit. Nec enim plus iuris tribuit Iustinianus actioni rei vxoriæ, quàm haberet olim actio ex stipulatu, Nec proinde sustulit exceptiones illas quæ obiici poterant actioni veteri ex stipulatu. Præsertim verò compēsationem ob res amotas. Nam cùm ob eas res non tantùm retentio competeret olim, sed etiam actio rerum amotarum, dici potest compensationem hoc casu fieri nō tam dotis & rerum amotarum, quàm actionum De dote ex stipulatu, & Rerum amotarum, Maximè postquam placuit Iustiniano vt omnibus siue in rem, siue in personam, siue aliis quibuscumque actionibus obiici compensatio possit. Quāquam obseruandum est *in d. l. 1. C. rer. amot.* non tam de compensatione tractari, cui nomen illud propriè conueniat, quàm de mutua petitione, quæ tamē vt nomine ita & iure differt in plerisque à compensatione. Non enim omnis mutua petitio compensatio est, cùm possint multa venire in mutuam petitionem quæ non æquè in compensationem venire possent. At omnis compensatio mutua quædam petitio est *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* Sed hoc quoque à nobis alibi iam explicatum est.

ERROR SEXTVS.

De vtili actione furti inter patrem & filium militem habentem peculium castrense, Ad l. si quis vxori 52. § sed si filius meus, D. de furt.

CVM

CVM reuerentia, quæ coniugi debetur à coniuge, ius illud iam olim extorserit, vt displicuerit vxorem viro, aut virum vxori furti obligari, licèt reuera furtum alter alteri faciat, Idque non tam quòd pœnalis actio sit quæ constante matrimonio neutri côiugum potest competere, vt vulgo creditum est ex *l. 2. Cod. rer. amot.* quàm quòd sit actio famosa nedum turpis, quæ saluo pudore transacti matrimonij nō potest inter eos exerceri qui coniuges fuerunt, licèt esse desierint *l. 1. & 2. D. eod.* Intelligimus longè minùs fieri posse, vt actio furti filio contra patrem detur, cui tantam reuerentiam debet, quanta maiorem alij debere nulli potest. Inde est quòd generaliter placuit famosas actiones, aduersus parentes dandas non esse, adeóq; nec aduersus patronos, aut patronorum vxorem & liberos quòd iis quoque personis omnibus reuerentia debeatur *l. si dolo 5. C. de dolo l. non debet 12. §. 1. D. eod. l. parent 5. §. 1. D. de obseq parent. & patron. præst.* vbi additur nec eas quidem actiones quæ doli vel fraudis habent mentionem licèt famosæ non sint, qualis est serui corrupti, condictio furtiua & si quæ sunt similes, dandas esse liberis aduersus parentes aut libertis aduersus patronos. Imò quod magis est nec doli exceptiones, aut De eo quod vi metúsve causa, nec interdictum Vnde vi, vel Quod vi aut clam contra eiusmodi personas proponi posse, Nimirum quia licèt infamia ex his causis non irrogetur, fama tamen & existimatio apud bonos & graues viros suggillatur ex sola verborum atrocitate *l. 4. §. aduersus D. de doli mal. except. l. 1 §. interdictum hoc 43. D. de vi & vi armat.* Quid ergo si filius patri furtum fecerit? Facere enim posse cōstat *l. 1. D. rer. amot.* nec suitatis ius, vt loquuntur, impedimento esse, quia licèt, efficiat, vt filius etiam viuo adhuc patre rerum omnium paternarum dominus quodammodo esse existimetur *l. in suis 11. D. de liber. & posthum.* nemo tamen dixerit æquè possessorem illum intelligi bonorum paternorum quandiu pater viuit, Alioqui nihil superesset quod amplius nancisci & consequi posset mortuo patre se immiscendo bonis paternis, Nec dubitandum est idem hac parte iam olim ius fuisse suorum heredum, & extraneorum, vt etiam heredes facti & domini rerum hereditariarum, nō priùs tamen possessores facti intelligerentur quàm corporalem earum possessionem adprehendissent *l. cum hered*e*s 23. D. de acquir. poss.* vt docuimus in Rationalibus *ad l. cùm miles 30. D. quib. ex caus. maior.* Cùm igitur ius suitatis non faciat, quin pater bonorum suorum omnium possessor maneat, Nec impedire etiam potest quin filius patri furtum facere possit, quod nihil aliud est quàm interuersio possessionis alienæ *l. 1. §. vltim. D. de furt.* Vnde fit vt hereditariæ rei furtum fieri nequeat *l. hereditaria 68. eod. tit.* Nempe quia hereditas nihil potest possidere *l. 1. §. Scæuola D. si is qui testam. lib. ess. iuss.* An ergo filius qui furtum patri fecerit, furti actione à patre conuenietur? Non enim quemadmodum filius patri, sic vicissim pater filio reuerentiam aliquam debere videri potest, ob quam dicendum sit non esse permittendum patri vt contra filium famosam aliquam instituat actionem. Quanquam vt bona sit antithesis, tractandum esset in vtraque quæstione de filio qui non esset in patris potestate. Filius enim qui in potestate est, non tam reuerentiâ paternâ, quàm iure potestatis impeditur ne furti agere possit aliáve vlla actione contra patrem, quia lis nulla esse nobis potest cum eo quem in nostra potestate habemus, nisi ex causa castrēsis peculij *l. lis nulla 4. l. si à me 11. D. de iudic.* Et cùm dicimus, Non posse filium furti agere aduersus patrem de illo demùm filio intelligimus, qui sit emancipatus, & cui sola verecundia obstare possit ne famosa actione patrem la-

cessat. Quemadmodũ & in edicto Prætoris, qua parte prohibitũ est filio ne patrẽ in ius vocet nisi petita venia *l. adoptiuum* 8. *D. de in ius vocand.* Itaq; in emãcipato filio fatendũ est aliã filij rationem esse, aliam patris. Non posse patrem à filio cõueniri actione furti aut alia vlla quæ sit famosa, Posse tamẽ filiũ à patre, quia honorẽ illum debet filius patri, nõ pater filio. Sed si de filio agamus qui in patris potestate sit, quemadmodũ ratio propter quam non potest ille patrẽ furti conuenire non tã ex paterna verecundia petenda est quàm ex iure patriæ potestatis, Ita fatendũ est ius cõmune esse patri & filio, vt non magis pater cõtra filiũ quàm filius contra patrem furti agere possit: quoniam ex vtraque parte ius potestatis id euincit. Et hoc est quod ait Paulus *in l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt.* Ne cum filiofamilias furti agere pater possit, non iuris constitutionem, sed rei naturam impedimento esse, quòd non magis cum iis quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possimus. Quæ ratio cùm euidenter cesset in filio emancipato, intelligimus neque constitutionem iuris aliquam, neque rei naturam impedimento esse quominùs possit ille vt alia qualibet actione, ita & furti etiam conueniri. Quid autem si filiusfamilias miles sit, qui peculium castrense habeat? Hoc enim addendum est, quia non omnis miles filiusfamilias habet peculium castrense, licèt quisquis peculium castrense habet, eum necesse sit militem vel esse adhuc vel fuisse. An ob id magis conueniri poterit furti à patre? Si rationem iuris consulas, in promptu responsio est, Non magis hoc quàm alio vllo casu fieri posse vt filius à patre furti conueniatur. Nam cùm neque militia, neque peculij castrensis acquisitio eximat filium à patria potestate §. *filiusfamilias Inst. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* apparet idem semper impedimentum subsistere, quod ex iure potestatis proficiscitur. Et tamen aliud ab Vlpiano responsum legimus *in l. si quis vxori* 52. §. *sed si filius meus D. de furt.* vbi quærit, si filius meus qui peculium castrense habeat furtum mihi fecerit, An possim vtili actione furti aduersus eum agere, *cùm habeat*, inquit, *vnde satisfaciat.* Et respondet posse defendi agendum. Non alia ergo ratione quàm illa, quòd habeat filius hoc casu vnde satisfaciat. Quæ tamen ratio euidenter mala est. Non enim ideò pater impeditur, ne contra filium agere furti possit, quòd non habeat filius vnde possit satisfacere, sed quia ius potestatis facit vt patris & filij vna eadémque persona esse censeatur: quod perinde verum est siue habeat filius vnde satisfaciat, siue non habeat. Alioqui & in filiofamilias pagano idem eueniet quod in milite vt possit etiam aliquo casu si non directa saltem vtili actione furti conueniri, cùm fieri possit vt aliqua habeat bona ex quibus satisfaciat, Vt puta si qua ei sit delata hereditas vel bonorum possessio quam noluerit pater sibi per filium acquiri, vt *in specie l. nec is* 13. §. *vlt. D. de acquir. hered. l.* 1. *Cod. qui admitt. ad bonor. possess. poss. l. cogi* 16. §. *si pater D. ad SC. Trebell.* Aut si inuito etiam patre fideicommissaria hereditas ei obuenerit, in qua nihil iuris habere possit pater quandiu filius vixerit, vt *in l. imperator* 50. *eod. tit.* His enim casibus iure quoq; vetere inspecto habebat filius vnde patri satisfacere posset. Hodie verò multò magis, cùm ex Iustiniani constitutionibus *in l. cùm oportet* 6. *& l. vltim. C. de bon. quæ liber.* facti sint filiifamilias capaces acquisitionis ex quacumque causa etiam inuito patre nisi ex causa peculij profectitij. Proinde si bona esset ratio Vlpiani consequens esset dicere, & potuisse olim filiumfamilias quamuis paganum conueniri furti à patre saltem aliquo casu, & posse hodie multò facilius, quandoquidem vix est vt non habeat quisquis filiusfamilias est, bona aliqua vel materna vel auita quorum proprietas ad ipsum non ad patrem

perti-

pertineat, Neque tamen vllo siue Pandectarum, siue Codicis loco probare possis, Furti actionem vnquam competiisse patri aduersus paganum filium in patris potestate constitutum. Tantúmque abest vt tale quid vspiam scriptum sit, vt idem Vlpianus *in dict. l.si quis vxori vers.idem in filiosfamilias*, apertè scribat idem in filiofamilias milite obtinere, quod paullò antè dixerat de muliere nupta circa actionem furti, & rerum amotarum, Nempe quemadmodum non tenetur furti mulier quæ mariti res amouit, sed tantùm actione rerum amotarum, Si autem seruus eius furtum marito fecerit, potest illa serui nomine etiam furti conueniri, Sic & filiusfamilias miles qui seruum habet castrensis peculij si furtum ipse patri fecerit, furti tamen ei non tenetur, Serui autem sui castrensis nomine tenebitur, si seruus furtum patri fecerit. Et verò an habeat filiusfamilias, vel non habeat vnde satisfaciat, non tam ad actionis substantiam, quàm ad exactionis causam pertinet, quæ nihil cum actione commune habere solet. Alioqui dicendum esset nec ab alio quàm à patre posse furti conueniri filiumfam. qui extraneo furtum fecisset: cùm non magis habeat vnde extraneo, quàm vnde patri satisfaciat. Atqui certū est filiumfamilias ex omnibus causis & siue ex contractibus, siue ex delictis non solùm tanquā patremfamilias obligari, sed etiam agi cum eo tanquam cum patrefamilias posse *l.filiusfamilias 39. D. de oblig. & act.l.tam ex cōtractibus 57. D.de iudic.* Nec enim quòd viuo patre nulla bona habeat in quæ fieri possit executio iudicati, facere potest vt eo minùs condēnari debeat etiam viuo patre *l.si dubites 10.§.filiusfamilias D.de fideiuss.* Quod cùm ita sit videtur responsum illud Vlpiani de quo nunc agimus non tantùm à iuris ratione sed etiā ab eiusdē quoq; Vlpiani sententia dissentire. Nam quod ait si filius meus qui castrēse peculiū habet furtum mihi fecerit posse me vtili actione furti cōtra eum experiri, an nō pugnat euidēter cū eo ipso quod idē ille paullò antè scripserat, In filiofamilias milite qui peculiū castrense habeat, & inter cætera bona seruum castrensis peculij, sic obseruandū esse, vt serui quidem sui nomine, si is furtū patri fecerit, furti actione conueniri possit, ex propria verò persona si furtū ipse filius admiserit, patri non teneatur. Nisi fortè sententias istas è diametro pugnantes sic conciliare velis, vt neget Vlpianus teneri filiū patri directa actione furti, Admittat tamen teneri eum vtili. Quasi in eo differat vtilis à directa, quòd directa non modò pœnalis est, sed etiam famosa, Vtilis verò famosa non est, sed pœnalis tantùm. Sic enim Cuiacius quoq; noster ratiocinatur ad Papin. *in l.5. D.rer. amot.* existimans absurdū esse vt inter patrem & filium famosa detur actio, non etiam vt detur pœnalis, Ex quo infert magis hac parte faueri coniugi quàm patri, cùm non magis pœnalis quàm famosa actio coniugi aduersus coniugem dari possit, saltem constante matrimonio *ex l.2. C.rer. amot.* Sed distinctionem hanc & conciliationem neque iuris, neque æquitatis ratio vlla admittit. Non enim idcirco directam furti actionem patri contra filiumfamilias denegamus, quòd actio sit famosa, cùm reuerentiam nullam filio pater debeat, vt suprà docuimus, sed quia ipsius rei natura impedimento est, ne cum filio quem in potestate habet pater agere possit, non magis quàm cum seipso, quia filius vna eadémque persona cum patre esse existimetur. Atqui non magis per rerum naturam potest vt quis vtili quàm vt directa actione cum seipso experiatur: Siquidem non minùs in actione vtili quàm in directa necesse est aliam esse personam actoris, aliam rei, vt sciri possit quis agat & quis conueniatur, & quis actoris, quis rei, partes sustineat. Hoc enim saltem casu si quo vnquam alio verum est, impossibile esse,

Digitized by Google

quod Paulus *in l. si plures 9. D. de pact.* difficile esse ait, vt vnus homo duorum vicem sustineat. Ergo non magis actio vtilis furti, quàm directa patri contra filium dari potest. Aut alia ratio adferenda erit, quàm quæ adfertur à Paulo *in dict. l. ne cum filiofamilias*, cur pater cum filiofamilias furti agere non possit. Quòd si quis Paulo nostro subtilior rationem petere ex eo volet quod non habeat filiusfamilias paganus vnde patri satisfaciat, Præter id quod mala ratio est vt iam ostendimus, & quæ faceret vt non minùs extraneo quàm patri aduersus filiumfamilias paganum & furti actio & alia quælibet denegari deberet, Hunc fateri oportebit, Eo igitur casu quo filiusfamilias habeat vnde possit satisfacere, non vtilem tantùm sed etiam directam furti actionem patri competituram, Quod tamen nec Vlpianus dicere ausus est, qui solam vtilem hoc casu patri accommodat. Quare & hunc quoque locum inter eos recensendum esse puto, quos inscitia Triboniani corrupit. Mira enim illa, nimísque crassa inscitia est, Putare ideò denegatam patri actionem furti contra filiumfamilias paganum quòd non habeat filius vnde patri satisfaciat: Sed inscitia illa crassior, Non videre si bona hæc ratio est, Dandam igitur patri directam non vtilem contra filiumfamilias, Neque posse solam vtilis actionis mentionem facere vt non pugnet hæc Triboniani opinio, cum eo quod statim antè Vlpianus dixerat filiumfamilias etiam militem & qui castrense peculium habeat, patri teneri actione non posse. Quod sine dubio ita accipiendum est vt iis verbis Vlpianus non minùs vtilem, quàm directam actionem excluserit. Quid enim proderat dicere filiumfamilias militem patri non teneri furti, hoc sensu vt directa quidem actione non teneatur, sed vtili tamen teneatur. Cùm effectu ipso nihil intersit an directa quis an vtili actione conueniatur *l. actio 47. D. de negot. gest.* Sed neque memini alio vllo iuris loco fieri mentionem vtilis actionis furti. Nam cùm actio furti sit legitima descendens ex lege duodecim tabularum, quæ in eam rem plenissimè prouidit, Certum est quoties furti actio vel competere, vel dari potest, directam competere & dandam esse non vtilem, id est quotiescumque furtum factum esse constat, & ab ea persona quæ furti conueniri possit. Nam quemadmodum si furtum factum non sit, licèt facinus aliquod admissum sit furto proximum quod puniri & vindicari oporteat, furti agi nullomodo potest neque directa, neque vtili actione, sed ad subsidiariam in factū actionem omnimodo recurrendum est quæ pœnalis esse numquam potest, vt ostendimus in præcedentibus, velut in specie *dict. l. si quis vxori §. si quis asinum in fin. l. in furti 50. in fin. l. si is qui 66. §. si tu Titium in fin. D. de furt. l. si heredis 48. de leg. 1. l. si heres 63. de leg. 2. §. interdum quoque 11. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Ita si furtum quidem factum sit sed ab ea persona quæ furti actione conueniri non possit, vel ob implicitam aliquam contradictionem, vt euenire diximus in persona filiifamilias, qui furtum patri fecit, vel ob aliquam honestatis & æquitatis rationem, vt si coniunx coniugi furtum fecerit, non magis vtilis quàm directa furti actio, vel competere, vel dari potest. Sed vel nulla prorsus competit vt inter patrem & filiumfamilias, Vel actio in factum necessaria est, vel alia noua & singularis inducenda, qualis est actio Rerum amotarum, quam sanè prætores nunquam induxissent si qua per interpretationem prudentum induci potuisset vtilis actio furti, præsertim quæ famosa non fuisset. An non enim erat id multò expeditius, quàm propriam & specialẽ, anteáque inauditam actionem proponere, Maximè verò quæ non nisi soluto matrimonio exerceretur. Nemo enim absurdũ esse vnquam dixit dari pœnalẽ

actionem

actionem inter coniuges post diuortium, sed eo tantùm tempore quo adhuc constet matrimonium vt scriptum est *in d.l.2.C.rer.amot.* fauore scilicet nuptiarum, vt ait *l.vlt. D.de seru. corrupt.* At famosa ne quidem post diuortium dari potest *l.2.D.rer. amot.* Si ergo vtilis actio furti pœnalis tantùm non etiam famosa est, vt vult Cuiacius, nihil certè causæ erat, cur non posset illa sufficere ob res amotas, Et tamen eam sufficere non putauit prætor qui in eam rem quasi ex necessitate, cui sola honestas publica causam daret singulare iudicium Rerum amotarum introduxit. Fateamur ergo vtilem actionem furti nullam esse totúmque illum versiculum de quo hîc tractauimus, Triboniani inscitiæ potiùs quàm Vlpiani elegantiæ adscribi oportere. Nam præter id quod pugnat euidenter cum versiculo præcedente qui æquè est de filiofamilias milite ac peculium castrense habente, vt ostendimus, verba ipsa Triboniani manum & stylum produnt. Quid enim attinebat subiicere quæstionem illam, Si filius meus qui castrense peculium habet, furtum mihi fecerit, an possim actione vtili aduersus eum agere, Cùm ad hanc ipsam quæstionem, & in eadem penitus specie responsum proximè esset ab Vlpiano filium furti non teneri? Quid rursus addere verba illa *videndum est*, quæ soli Triboniano tantopere sunt familiaria, Nec abs re, quia numquam ille satis videt. Adde rationem illam dubitandi adeò ineptam & planè indignam quæ ex Vlpiani ore vel calamo prodierit *cùm habeat vnde satisfaciat*, Sed quod sequitur *& potest defendi agendum*, euidentius Tribonianeum est. Nihil enim ille vnquam audet adfirmare aut constanter dicere, ideóque ait, *potest defendi* & subiungit *agendum* cùm scribere debuisset agi posse. Non enim quæstio erat, An patri agendum esset vtili actione furti contra filium, sed an agere posset. Responderi ergo debuit posse patrem agere non quomodo responsum est *agendum* quasi cogendus sit pater vel inuitus vt contra filium huiusmodi actione vtili experiatur. Fiet autem & manus & inscitia Triboniani manifestior ex his quæ subiiciemus *Error.seq.* circa quæstionem aliam quæ apud Vlpianum immediatè sequitur *in §.an autem pater filio.*

ERROR SEPTIMVS.

De patre qui subtraxit rem peculij castrensis. Ad d.l.si quis vxori 52. §.an autem pater filio D.de furt.

CVm scripsisset Vlpianus *in l.si quis vxori 52. vers. idem in filiofamilias, D.de furt.* In filiofamilias milite ita obseruandum esse, vt si patri furtum fecerit, non idcirco furti teneatur, Si tamen seruum habeat in castrensi peculio qui rem aliquam patri subtraxerit, eius serui nomine possit à patre furti conueniri, Erat conueniens vt subinde quæreret, An vicissim pater furti actione teneatur filio cui rem aliquam peculij castrensis subtraxerit. Ea verò quæstio est quæ proponitur *in dict. §. an autem* in hæc verba, *An autem pater filio teneatur si rem eius castrensis peculij subtraxerit, videamus, Et putem teneri. Non tantùm igitur furtum faciet filio, sed etiam furti tenebitur.* Vbi statim illud occurrit quod mirère, non quòd lex ait patrem hoc casu furtum facere filio, [quidni enim faceret subtrahendo rem ca-

strensis peculij in qua nullum ipse ius habeat neque dominij, neque possessionis, & quæ ex Imperatorum constitutionibus pleno iure sit filij, quippe qui in peculio castrensi patrisfamilias locum obtinet *l. 2. D. de SC. Maced.*] Sed quod addit patrem hoc casu furti teneri filio. Nam cùm neque militia, neque peculij castrensis acquisitio filium eximat à patria potestate, vt superiore capite dicebamus ex *§. filius familias si militauerit. Inst. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* durum certè videtur vt filio detur actio furti contra patrem in cuius sit & maneat potestate. Ita enim esto quantum voles, vt ex constitutionibus filiusfamilias in peculio castrensi pro patrefamilias habendus sit. Nihil aliud potest ea res facere, quàm vt perinde aduersus patrem agere possit, acsi esset emancipatus. Nam & illud est quod ait *l. 4. D. de iudic.* litem nobis esse nullam posse cum iis quos in potestate habemus, præterquàm ex causa castrensis peculij, Vt intelligamus patriæ potestatis ius non obstare quominùs inter patrem & filium de castrensi peculio lis moueri & actio exerceri possit. Sed tamen negari non potest quin semoto iure potestatis supersit vinculum pietatis & reuerentiæ patri debitæ, præsertim subsistente adhuc vinculo patriæ potestatis, ex quo etiam vinculum pietatis æstimatur *l. vltim. D. si à parent. quis manum. sit.* Quæ pietas & reuerentia patri debita facere certè debet vt non sit permittendum filio patrem lacessere tam infami actione támque atroci, vt loquitur Iustin. *in l. vltim. §. vltim. Cod. de furt.* Nam nec emancipato filio id permitteretur *l. si superstite 5. vers. sanè Cod. de dolo l. non debet 10. §. 1. D. eod. l. parens 5. & seqq. D. de obseq. parent. & patr. præst.* cùm tamen emancipatus non per fictionem iuris paterfamilias esse intelligatur, vt filiusfamilias in castrensi peculio, sed reuera paterfamilias sit, in eóque plus iuris, certè non minùs quàm filiusfamilias in re peculij castrensis habere videatur. Ne alioqui contra vulgare nostrorum brocardicum, plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero. Hac nimirum de causa putat vir doctissimus Iacobus Cuiacius, id quod scriptum est *in dict. §. an autem*, de danda furti actione filio contra patrem qui rem castrensis peculij subtraxerit, non de directa furti actione intelligendum esse, sed de vtili & verbis in factum temperata: Quam actionem vtilem vult quidem esse pœnalem, & dari vt & quamlibet actionem furti ad duplum vel quadruplum, prout furtum vel manifestum fuerit, vel nec manifestum, Sed negat esse famosam, Absurdum esse existimans vt famosa actio vllo casu filio contra patrem detur. Verùm non conuenit Vlpiani verbis hæc interpretatio. Primùm quia non de vtili actione furti loquitur, quomodo locutus de ea fuerat Tribonianus in specie versic. præcedentis, sed de furti actione simpliciter, quo nomine vt iam monuimus, directa non vtilis significatur. Deinde quia vt superiore capite ostendimus, furti actio vtilis nulla est, Quæ si aliqua esset, aut exerceri aliquo casu posset, vtique multò magis dari deberet agente filio contra patrem, quàm agente patre contra filium, cùm reuerentiam maximam filius patri debeat, pater autem filio nullam. Tertiò quoniam si quod Vlpianus dixerat in filiofamilias milite obseruandum esse vt quamuis furtum ipse patri fecerit, furti tamen non teneatur, de directa furti actione intelligendum est, ne pugnet quod statim subiicitur in vers. sequent. vtilem furti actionem eo casu patri contra filium dandam esse, Consequens necessariò est, vt quod in contrario casu de patre qui filio furtum rei castrensis fecerit, contra respondet, teneri patrem furti non de alia actione quàm de directa intelligi debeat. Tantúmque abest, vt aliqua huiusmodi interpretatione verba sua temperari

hac parte Vlpianus voluerit, vt è cõtrario quasi rem exaggerans, & nescio quid valde nouum & mirabile respondens, clamet ac profiteatur apertissimè, Patrem hoc casu non modò furtum facere filio, sed etiam furti teneri. Quidni enim addidisset *vtili tamen* aut quid simile ad moderandam huius sentẽtiæ asperitatem, si qua moderatio adhiberi vel potuisset, vel debuisset? Illud verò longè improbabilius est, licèt à Cuiacij sententia non valdo abhorrere videatur, quod Bart. ait intelligendum esse Vlpianum non de furti actione siue directa, siue vtili, sed de actione in factum: Facit enim apertè vim hæc interpretatio Vlpiani verbis quibus non modò expressum est, sed etiam bis repetitum, Patrem qui rem peculij castrensis filio subtraxerit, furti actione eo nomine teneri. Quo ineptius nihil ab Vlpiano scribi potuisset, si appellatione actionis furti actionem in factum significare voluisset: Cùm prorsus diuersæ & dissimiles sint actiones non nudo tantùm nomine, sed etiam rei effectu, Vel ideò quòd actio furti & pœnalis est, & famosa, Actio verò in factum etiam quæ actionis furti subsidiaria est, nec pœnalis, nec famosa, sed per quam simplum duntaxat actor persequitur pro sua indemnitate consequenda *d. l. si heres 63. De legat. 2.* Deinde quia ex cæteris omnibus quæ in ea lege præcedunt ab initio legis vsque ad hunc §. apparet clarissimè, id omnino agere Vlpianum, vt tractet, an & quando in iis casibus quos tractat furti actio verè competat. Incipit enim ab eo casu quo aliquis vxori subtrahenti res mariti opem consiliúmve accommodauerit, Et ait furti eum teneri, Vera scilicet directáque furti actione, quia licèt neque ipse furtum fecerit, neque ei personæ opem tulerit quæ furti conueniri possit, tulit tamen ei, quam negari non possit furtum admisisse. Quod tamen valde nouum & singulare ius est. Etsi enim lex ipsa duodecim tabularum furti actionem introduxit, non tãtùm contra furem; sed etiam contra eum qui furi opem consiliúmve dederit, quamuis fur ipse non sit, ideóque nec furtiua condictione teneatur *l. proinde 6. D. de condict. furt.* Inauditum tamen est extra hunc casum, vt furti teneatur is qui opem & consilium accommodauerit ei qui ipse furti teneri non possit. Nec enim de hoc casu lex duodecim tabularum cogitauerat, vt neque de actione rerum amotarum quam post multa ab inde secula Prętores introduxerunt, cùm furti actio per eam legem indistinctè ac generaliter constituta esset aduersus omnes qui furtum fecissent, Non excepta muliere de qua nondum erat constitutum ius quod postea constitutum fuit, vt quamuis furtum ipsa marito faceret, furti tamen eam obligari non placeret. Subiicit Vlpianus, *sed etsi furtum cum ea fecerit furti tenebitur, cùm ipsa non teneatur.* Quæ verba non possis de alia furti actione intelligere, quàm de directa, quia nec tam mirum est hoc casu quàm superiore teneri furti eum qui mulieri furanti opem cõsiliúmve dederit, quamuis mulier ipsa furti non teneatur, Nempe quia fur ipse est qui cum muliere furtum fecit. Cùm ergo verè fur sit, quidni etiam vera & directa actione furti teneatur?

ERROR OCTAVVS.

De actione Rerum amotarum quam dat Vlp. contra vxorem quæ furi opem tulit. Et de danda filio in patrem actione furti de castrensi peculio aut si filius fuerit emancipatus.

ADDIT Vlpianus, *Ipsa quoque si opem furi tulit, furti non tenebitur, sed rerum amotarum.* Cur non verò furti, cùm ex lege duodecim tabularum furti actione teneatur, non ille solùm qui furtum fecit, sed & qui furtum facienti opem tulit. Nimirum, quia nec si furtum ipsa fecisset, furti tamen conueniri posset, Iure ita constituto quando displicuit eam furti obligari *d.l.1.D.rer.amot.* Atqui minùs delinquit is qui furi opem fert quàm qui ipse fur est, cùm fur non sit, ob idque nec furti actione conueniri posset, sed actione in factū vel qua alia quæ in eam rem nominatim debuisset introduci, nisi de hoc quoque casu lex duodecim tabularū specialiter cauisset. Ergo multò magis de directa furti actione hic versiculus intelligi debebit, vt directa furti actione mulier non teneatur, Adderem *neque vtili* si quam vtilem furti actionem esse existimarem. Non enim dubitandum est quin omnem omnino speciem furti actionis Vlpianus excluserit, Non ob id solùm quòd furti actionē absolutè & indistinctè denegat, sed etiā quia dat contra mulierē actionem rerū amotarum, cui nūquam locus esse posset, si qua furti actio vtilis in eam rē esset. Cúmq; actio rerum amotarū substituta sit in locū tam actionis furti quàm cōdictionis furtiuæ vt suo loco ostendimus, potuerat Vlpianus & debuerat, si contra morē suum proprietatem verborum tam parum curabat, scribere In hac specie mulierem teneri furti. Statim namq; interpretes nostri sic interpretati fuissent, vt furti actionē dixisset Vlpianus pro actione Rerum amotarum. Et quidem longè probabiliùs & tolerabiliùs; quàm quòd iidē interpretes duce Bartolo in hoc ipso loco actionē rerum amotarum interpretantur actionem in factum ob res amotas. Quid enim simile, aut commune habet actio rerum amotarum cum actione in factum siue vtriusq; actionis nomē, siue vim & effectum rei consideremus: Aut quid obstat, obsecro quominùs in ea specie quam Vlpianus tractat detur actio, quæ verè sit Rerum amotarū? Scilicet suo tēpore, id est soluto matrimonio. Id enim est quod Bartolo imposuit, vt putauerit non posse rerum amotarum actionē in illa specie cōpetere, quia credidit Vlpianū de ea actione sentire, quæ constante quoq; matrimonio exerceatur: quod in actionē rerū amotarū cadere nullomodo potest. Et idcircò adfert Bartolus quod scriptum est in *l.vlt.§.vlt C.de furt.* de danda actione rerū amotarum etiam manente matrimonio, vt ostendat non esse nouum Actionem rerum amotarum dici actionem quæ sit in factum ob res amotas. Nec videt multò faciliùs admitti posse vt vel iuris veteris ignoratione, vel nouæ Iurisprudētiæ inducendæ gratia Tribonianus crediderit absurdū non fore, si etiam constante matrimonio Rerum amotarum actio concederetur, quàm vt actionem Rerum amotarū pro actione in factum interpretari vnquā liceat. Etsi verò mihi liquido constaret eo sensu sic Tribonianum scripsisse *in d.§.vlt.* nihilomagis tamen admitterem Vlpiano idem cōtingere potuisse. Fuit enim ille affectator studiosissimus eius laudis vt propriè ac partitè, si quis alius post Papinianum, semper loqueretur. Sequitur apud Vlpianum *serui verò sui nomine eam furti teneri nequaquam ambigendum est.* Quanam verò actione furti? Directa sanè non vtili. Quantumuis enim directa sit, tamē nec famosa est etiamsi ex persona serui mulier condemnetur, nec pœnalis sed noxalis *l.furti 6.§.si quis alieno l.seruus 14.D. de his qui not. infam.* Cùm igitur in omnibus his speciebus in quibus Vlpianus de actione furti siue concedenda, siue deneganda locutus est, non de alia senserit quàm quæ sit directa & propriè actio furti. Quis ferat in eo versiculo de cuius interpretatione nunc tractamus, dixisse Vlpianum actionem furti pro actio-

ne in

ne in factum, cùm patrem actione furti filio teneri bis scripsit? An ergo patiemur filium per famosam actionem agere contra patrem, cuius non minùs existimationem, quantum in se est, quàm vitam illæsam seruare, sanctámque habere debeat? Quis verò vnquam hoc dixit? An non pugnant euidentissimè tot leges quas suprà allegauimus? Mihi videtur nodus hic sanè explicatu perdifficilis, & quem soluere vix quisquam possit, nisi nouum aliquid proferat, quod non puto à quoquam adhuc allatum esse. Dicendum igitur est meo iudicio longè aliam esse causam filij emancipati, & eius qui licèt in patris potestate adhuc sit, habeat tamen aliquod castrense peculium ex quo pater quid subtraxerit. Nam filius emancipatus licèt in patris potestate esse desierit, & ex instanti emancipationis pro extraneo haberi cœperit, vt scriptum est *in l. quinetiam* 55. *in fin. D. de rit. nupt.* Sicuti tamen naturaliter filius manet, Ita eandem patri obseruantiam debet, quam deberet si emancipatus non esset, cùm eo beneficio tantò magis obstrictus sit patri qui & capacem eum fecit acquirendorum exinde bonorum etiam inuito patre *l. 1. D. si à parent. quis manum. sit.* & iure illo inæstimabili patriæ potestatis vltrò se abdicauit, Ad quod faciẽdum nullo precio, nullisq; precibus cogi potuisset *l. si filiusfamilias* 114. *§. sed si liberos De legat.* 1. *l. si cui legatum* 92. *D. de condict. & demonst.* Quis enim iudex propitiis auribus audiat filium qui tãtum beneficium à patre acceptum patri ipsi onerosum esse velit, Aut qui imputare patri audeat, cur emancipando filium dederit ei contra se agendi potestatem? quomodo Paulus noster ratiocinatur *in l. filio* 7. *D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Nimia certè, ac planè intolerabilis esset ingratitudo ista nec minùs digna quæ in filij emancipati quàm quæ in serui manumissi persona vindicaretur. Nã & hi casus tanquã similes æquiparantur *in d. l. 1. si à parent. quis manum. sit & in dict. l. filio.* & aliis passim iuris nostri locis in quibus is qui emãcipatus est, manumissus dicitur, & emancipatio manumissio appellatur, quãuis non è conuerso quisquis manumissus est emãcipatus dici possit nec manumissio quælibet etiam nomine vel iure emancipationis cẽseri. At filiusfamilias miles habens castrense peculium, tametsi non eo minùs sit & maneat in patris sui potestate, perinde tamen habetur in iis omnibus, quæ ad castrense peculiũ pertinent acsi verè paterfamilias esset, nec patrem vllum haberet *l. 2. D. de SC. Maced.* Neq; hoc vllo patris beneficio, sed ex Imperatorum constitutionibus quæ huiusmodi ius & priuilegium aliáq; tã multa militibus concesserunt vt eo premio ciues Romani ad belli pericula tantò alacriùs subeunda inuitarẽtur: Proinde nihil causæ est cur in re peculij castrensis aliquam reuerentiam filiusfamilias patri exhibeat, quia nec patrẽ hac parte vllum habere intelligitur. Nã si replices filium qui à patre vitam habeat hoc ipso habere à patre vt & miles esse, & per occasionem militiæ peculium castrense habere possit, Dicam, Habere quidem filium vitam à patre, sed ea lege ex ipsius patris voto, vt reipublicæ priusquàm patri nasceretur *l. 1. §. & generaliter* 15. *D. de ventr. in poss. mitt.* Vnde est quod iure ac obtentu patriæ potestatis nunquam potest pater resistere quominùs patriæ filius obsequatur *l. honor* 14. *§. plebeij D. de muner. & honor.* Adeò vt non possit pater non amisisse filium quem respublica amisit *l. postliminium* 19. *§. filius quoque familias D. de captiu. & postlim.* vbi ob hanc causam eleganter Paulus ait filiumfamilias transfugam postliminio reuerti non posse, ne quidem viuo patre, quia pater, inquit, sic illum amisit, quemadmodum patria: Sed addit aliam quoque rationem quæ ad sententiam nostram adiuuandam magis pertinet, *quia disciplina castrorum antiquior fuit ciuibus Romanis, quàm charitas liberorum.*

Digitized by Google

Nam si ita est vt disciplina ipsa castrorum antiquior fuerit & preciosior ciuibus romanis, quàm charitas liberorum, Cur non idipsum multo magis de militia ipsa dicere liceat, & de priuilegiis militiæ ad cuius dignitatem & vtilitatem tota refertur, quanta est disciplina castrorum? Nihil ergo fit contra reuerentiam patri debitam non magis quàm contra vulgares iuris regulas, cùm filiofamilias ob rem quam pater ex peculio castrensi animo furandi subtraxerit, actionem furti directam, quamuis pœnalem adeóque famosam contra patrem accommodamus, perinde ac contra extraneum quemlibet, Nec habet pater hoc casu quod de filio conqueratur, quin priùs impetret vt liceat sibi conqueri de legibus quæ maiorem militiæ quàm paterni nominis rationem habuerunt, aut potiùs de seipso cur filium genuerit, quem scire debuit non posse nasci sibi, quin reipublicæ simul & præcipuo quodam iure nasceretur. Qua ratione putem etiam dici posse, quod nescio an adhuc quis dixerit, Edictum Prætoris De in ius vocando quo prohibiti sunt liberi ne nisi petita venia parentem in ius vocent ad emancipatos tãtùm liberos pertinere, non etiam ad filiosfamilias milites castrense peculium habentes, si qua ex causa patrem de re castrensis peculij conuenire velint, Quia neque in verbis neque in interpretatione edicti tale quid scriptum legimus, Neque potuisset prætor eam petendæ veniæ necessitatem imponere filio de re castrensis peculij aduersus patrem acturo, quin constitutionibus vim faceret, quæ filiumfamilias in castrensi peculio patrisfamilias vice in omnibus & per omnia fungi voluerũt. Certum autem est nihil prætorem aduersus Principum constitutiones, vt neque aduersus leges decernere aut edicere potuisse *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor D. de pact. l. necnon 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior.* nec filium in iis quæ ad ius publicum spectant, in quo numero ius militiæ præcipuè est & disciplina castrorum, sequi ius patriæ potestatis, nec proinde reuerentiæ illius paternæ cuius vinculum partim ex potestatis vinculo æstimatur *l. vlt. D. si à parent. quis manum. sit.* Alioqui reprehendendus esset magis quàm laudandus Q. ille Fabius Maximi filius, qui Consul venientem ad se ex equo patrem eundémque Consularem virum descendere iussit, nec nisi peditem ad se accedere passus est vt debitum Consulari dignitati honorem tueretur, suíque magistratus authoritatem paternæ obseruantiæ anteponendam esse testaretur. Nimirum in eo statu constitutus in quo reuerentiam ipsi debebat pater, nullam ipse patri. Quanquam dubitandum non est quin multò prudentiùs & ciuiliùs facturus sit filiusfamilias miles habens castrense peculiũ ex quo aliquid pater subtraxerit, si à tam atroci famosáq; actione furti abstineat, & in factum potiùs agat vt saluo patriæ potestatis & pietatis iure indemnitatem consequatur: sed aliud est de iure, aliud de verecundia & molestia tractare, Aliud rursum de eo quod licèt, Aliud de eo quod honestum est. Non enim omne quod licet, honestum est vt habet iuris regula *l. non omne 144. de reg. iur.* licèt è contrario liceat omne quod honestum est nisi si quando lege aliqua ob vtilitatem publicam, quod rarissimè potest contingere, prohibeatur. Non est contrarium, quod scriptum est *in l. 4. § vlt. D. de doli mal. except.* parenti licere deteriorẽ liberorum condicionem facere in rebus peculiariis: ideóque non posse exceptionem de metu obiicere filium qui metum passus est à parente in cuius fuit potestate. Id enim ad eas res solas pertinet quæ sunt peculij profectitij, de quibus aliquando potest lis esse inter patrem & filium non quandiu filius est in potestate, sed post emancipationem puta si emancipatus sit

non

Digitized by Google

non adempto peculio Et idcirco benè sic loquitur *Vlpian. in cuius fuit potestate.* At in rebus peculij castrensis certum est non posse patrem facere deteriorem filij condicionem, ne quidem eo tempore quo filius manet in potestate *l. pater 12. D. de castr. pecul.*

ERROR NONVS.

De temperamento Tribonianeo in specie l. item si cum 14. §. sed & si quis D. quod met. caus.

LONGIVS dilata hæc tractatio est, quàm sperauimus, cùm eam attigimus in Decade superiore: Vbi iam cœpimus aliquid dicere de quæstione ac sententia *l. item si cùm 14. §. sed & si quis D. quod met. caus.* Proponit eo loco Vlpianus nobilem quæstionem inter nobilissimos Iureconsultos Iulianum & Labeonem contrariis opinionibus agitatam, & de qua quid tandem ex ratione iuris decernendum sit, difficile videtur dicere. Quæstio illa est, Si quis per vim stipulatus cùm acceptum facere nollet, fuerit in quadruplum condemnatus, posteà verò agat ex stipulatu An aduersus exceptionem *Quod vi metúsve causa* quæ haud dubiè agenti ei obstat, sit adiuuandus replicatione doli, an non. Iulianus putabat esse adiuuandum, Ratione illa quòd reus iam in quadruplo simplum sit consecutus, Atque ita futurum sit vt bis idem consequatur si conuentus actione ex stipulatu supradicta exceptione se tueatur. Quæ res doli exceptionem aut replicationem parere solet *l. si quis dolo 51. in fin. D. de re iudic.* vbi Paulus scribit improbum esse eum qui velit iterum consequi quod iam accepit: id est bis idem consequi & exigere quod contra bonam fidem est *l. bona fides 57. De regul. iur. l. qui seruum 34. vers. quoniam desiit. D. de oblig. & act.* At Labeo contrà defendebat, Etiam post quadrupli exactionem nihilominùs exceptione summouendum stipulatorem qui vim intulisset. Numquam enim permittendum cuiquam agere vtiliter, & cum effectu ex ea stipulatione, quæ per vim vel metum interposita, vel potiùs extorta proponatur cùm perpetuò & sine vlla exceptione verum sit, Id quòd vi metúsve causa gestum sit ratum habere nullo tempore prætorem posse *l. si mulier 21. §. 1. D. quod met. caus.* Videtur quæstio in eo esse, An in quadruplo illo, quod præstatur ex edicto Quod metus causa simplum contineatur, ita vt is qui quadruplum consecutus est, hoc ipso simplum quoque consecutus dici possit. Nam si in quadruplo simplum non continetur, nulla Iuliani ratio, ac proinde falsa eius sententia est. Sin continetur, probabilis erit si non sententia Iuliani saltem dubitatio. An qui simplum iam præstitit in quadruplo, condemnari adhuc possit, & summoueri per eam exceptionem cuius æquitatem iam ipsa quadrupli præstatione profligasse quodammodo videatur. Etsi autem video scriptum esse non semel apud Vlpianum *in dict. l. item si cum.* Præsertim verò in *§. quatenus,* huic quadruplo simplum inesse, vt in condemnatione quadrupli res omnimodo contineatur, eiúsque restitutio fiat, pœnæ autem vsque ad triplum

contineri, vt eam consecutus dici possit ille qui consecutus est quanti sua interesse iurauit in litem? Minimè verò, Quin potiùs in contrarium, Ideò cõsecutum eum fuisse quanti in litem iurauerit, ob hoc ipsum, quia rem suam non babet, quódque inuitus ob aduersarij contumaciam re sua carere cogitur. *l. nec quasi 70. cum l. praeced. eod. tit. l. tutor* 8. *D. de in lit. iur. l. si filiofamilias* 25. *§.* 1. *D. solut. matrim. l. non enim* 9. *D. rer. amot.* qua tamen carere dici non posset, si quia consecutus esset, quanti sua interesse iurauit, rem quoque suam consecutus intelligeretur. Nec separanda est hac parte res ipsa à rei æstimatione. Non enim magis rei suæ æstimationem, quàm rem ipsam consequitur qui vel quadruplum exigit vel iuratam quantitatem, sed pro re ipsa totum quadruplum, aut quantumcúque illud est quod iurauit, Vt mirum non sit si rem petere non possit etiam quam non habeat, cùm pro re habeat plus quàm Quanti res est, quod habere non deberet si rem suam aut eius æstimationem haberet. Neque rursus ad rẽ facit quod simplum ipsum quadruplatur. Nam & in actione furti idem euenit vt simplum vel duplari vel quadruplari oporteat, Nisi quòd non id quod interest sed verum rei precium duplandum vel quadruplandum est. Ne diuersum probantibus facilè statui quantitas non possit *l. in furti* 50. *l. inficiando* 67. *§. infans l. si vendidero* 80. *§.* 1. *D. de furt.* Scilicet cùm furti agitur ratione dominij, non solius vtilitatis vt distinguit Papinianus *in d. §.* 1. Et tamen nemo dixerit eum qui à fure duplum vel quadruplum consecutus sit, ob id simplum quoque videri consecutum. Alioqui dicendum esset, neque vindicationem neque condictionem rei furtiuæ superfore, cùm actiones illæ nihil nisi rei persecutionem contineant, Non sit autem ei permittẽdum qui iam rem ipsam quoquomodo semel cõsecutus est, vt iterum eam actione vlla persequatur *l. ei qui furti* 9. *§.* 1. *D. de furt.* vt ait Pomponius officio iudicis contineri vt non patiatur saluam esse condictionem ei qui rem suam à fure vindicauit. Nempe quia tam vindicatio quàm cõdictio furtiua, nihil nisi rei ipsius persecutio *§. sic itaque Inst. de action. l. si pro fure* 7. *§.* 1. *D. de condict. furt.* Atqui certissimum est etiam post rei furtiuę vindicationem & condictionem, adhuc tamen saluam furti actionem superesse *l. si pignore* 54. *§. cùm furti D. de furt.* vbi Caius disertè scribit idipsum ferè quod Vlpianus *in d. l. si pro fure §.* 1. Cùm furti actio ad pœnæ persecutionem pertineat, condictio verò & vindicatio ad rei recuperationem, Recepta re nihilominùs saluam esse furti actionem, Vindicationem verò & condictionem tolli, Et ex diuerso post solutã pœnam dupli aut quadrupli saluam esse vindicationem & condictionem: Vt intelligamus quod apertiùs exprimit Vlpianus *in l. qui vas* 48. *in princip. eod. tit.* in actionem pœnalem non venire rem ipsam quæ subrepta est siue manifesti furti, siue nec manifesti agatur. In quo agnoscimus ingenuè errasse nos aliàs turpiter cùm scripsimus *lib.* 16. *Coniect. cap.* 12. quasi ex prudentum & interpretum omnium cõsensu, In duplo illo vel quadruplo, quod pro furti pœna exigitur, simplum vtiq; id est rei furtiuæ æstimationẽ contineri, Cõtra quàm disertè scriptũ sit *in dict. l. qui vas & d. §. cùm furti.* Sed nos illud tùm decepit, quod videbamus duplari vel quadruplari simplum, Tanquam si ex eo inferri posset, simplũ igitur duplo vel quadruplo inesse, Cùm tamen longè aliud sit, ex simpli comparatione iniri rationem dupli aut quadrupli, Aliud verò simplum in duplo vel quadruplo contineri. Non enim ideò minùs totum duplum, aut quadruplum in pœna est quod necessariò tractandum sit de simplo vt dupli vel quadrupli pœna constituatur, dum ne duplo illi vel quadruplo simplum insit. Idem verò error est, ni fallor, qui Tribonianũ nostrum decepit cùm de actione Quod metus causa tra-

Digitized by Google

ctauit *in d. §. quatenus.* Quia enim videbat quadruplari in ea actione quanti res est, id est, quanti actoris interest, nec posse quadruplū illud constitui nisi ex simpli comparatione. Putauit omnino consequens esse vt simplum quadruplo inesse dicendum sit, ac proinde vt pœna non totius quadrupli sit sed tripli tãtùm. At longè aliter ac melius idem Tribonianus *in Instit. Tit. De actionibus*, cùm de pœnalibus actionibus loquitur quarum aliæ in duplum, aliæ in triplum, aliæ denique in quadruplum nec vltra dantur, ponit actionem Quod metus causa inter eas quæ quadrupli pœnam persequuntur, Non minùs quàm actionem furti manifesti, Nulla alia inter huiusmodi actiones subiuncta differentia, Nisi vna illa quòd per actionem furti manifesti omnimodo fur ad quadruplum condemnatur, Etiamsi rem ipsam furtiuam aut restituerit, aut aliter ad dominum redire passus sit. In actione verò Quod metus causa non aliter in pœnam quadrupli condemnatur reus, quàm si rem qua de agitur restituere ex arbitrio iudicis noluerit. Nam & arbitrium ipsum iudicis in ea actione absolutionem aliquando inducit, vt scriptum est *in §. aliquando d. l. item si cum*, Quod in actione furti quæ semper stricta, numquam arbitraria est, contingere numquam potest. Quemadmodum igitur in actione furti totum quadruplum in pœna est, nec ei simplum vllum inest, licèt non sine simpli comparatione quadruplum illud constitui possit, Ita & in actione quod metus causa dicendum est totum quadruplum in pœna esse nec ei simplum vllomodo inesse, Hac tamen differentia, quæ minùs benè intellecta errori sanè causam præbuit quod non sicuti post solutam in actione furti pœnam quadrupli, salua manet rei persecutio. Ita & in actione quod metus causa obtinet vt qui quadruplum consecutus est, adhuc rem suam siue in specie siue in æstimatione persequatur. Cuius differentiæ ratio illa est, quod pœna furti non ideò præstatur quòd res furtiua non reddatur, sed quia furtum factum sit. At pœna quadrupli in actione Quod vi metúsve causa non propter vim factam aut illatum metum irrogatur, sed ob solam contumaciam secutam in non parendo arbitrio iudicis, & ob non factam rei petitæ restitutionem, vt diximus. Proinde mirum non est post exactum quadruplū nullam simpli persecutionem superesse, Non quasi simplum insit quadruplo, vt vulgo creditum est, sed quia quadruplum exactum est pro simplo. Hæc cùm ita sint, non possum facere quin cum Labeone contra Iulianum sentiam in quæstione *d. l. item si cùm §. sed & si quis.* Nam cùm is qui per vim aliquid stipulatus cùm acceptum non faceret in quadruplum condemnatus fuit, nihilomagis ei permittendum est vt agat ex stipulatione vtiliter & cum effectu, quam per vim fuisse interpositam constet. Cúmque nulla ratione fieri queat, vt non possit agenti ei opponi exceptio Quod vi metúsve causa, quia verum est adhibitam à stipulatore vim fuisse, Sic neque ratio vlla facere potest vt aduersus eam exceptionem vlla doli replicatione adiuuari debeat stipulator qui tam iusta exceptione repellitur. Illa enim ratio, quam adferebat Iulianus si Triboniano credimus, quod reus in quadruplo etiam simplum sit iam consecutus, præter id quod falsa est cùm simplū non contineatur in quadruplo vt ostẽdimus, nihil aliud euincere posset etiamsi vera esset, nisi vt reo qui iam quadrupli pœnam esset consecutus, nulla rei persecutio superesset, At non etiam vt exceptio ei deneganda sit, aut non nisi sub replicatione doli concedenda si postmodum ex stipulatione per vim aut metum interposita conueniatur. Nec enim verendum est ne ita eueniat, vt eiusdem facti duplicem pœnam sentiat, quod certè periniquum esset. Quod enim quadruplum præstitit, in pœnam fuit non factæ acceptilationis,

lationis, quam iussu & arbitrio iudicis facere debuit. Quod autem nunc agens ex stipulatu exceptione summouetur, nec replicatione vlla adiuuatur, ideò tantum fit quia per vim stipulatus fuit. Duplex igitur hîc factum, dupléxque delictum est, cuius proinde duplicem pœnam sentire stipulatorem, nihil absurdi est. Præsertim cùm vnā patiatur agente promissore qui vim passus est, aliā verò non nisi opposita per eundem promissorem exceptione. Non enim præstatio quadrupli purgat vim quæ in stipulando adhibita proponitur, sed tantùm contumaciam quæ in eo quod arbitrio iudicis paritum non est, interuenit. Et verò quemadmodum in toto iure nostro inauditum est, vt aduersus doli exceptionem replicatio doli vnquam detur, quia doli exceptio numquam dari potest ei qui ipse in dolo sit, Ita neque fieri posse arbitror, vt contra exceptionem metus aut violentiæ, replicatio doli vllo casu concedenda sit, quandoquidem exceptio metus aut violentiæ doli quoque exceptionem implicitam habet, cùm dolo carere non possit quisquis vim aut metum infert. Sicut & quodcunque vi atroci fit id etiam metu fieri existimatur *l.1.eod.tit. Quod met.cauſ.* Nisi quòd exceptio metus vel violentiæ cùm in rem concepta sit non in personam, in quo differt ab exceptione doli, *l.metum 9.§.vlt.eod.l.4.§.penult.D.de doli mal.& met.except.* non semper dolum arguit eius cui obiicitur, sed eo tantùm casu quo illi ipsi obiicitur qui vim fecit aut metum intulit. Hic porrò casus est quem nos tractamus, De illo scilicet stipulatore qui ipse vim adhibuit, & qui ex ea stipulatione per vim aut metum interposita, ideò putat sibi agere permittendum quod in pœnam suæ contumaciæ & ob non factam acceptilationem quadruplum præstiterit.

ERROR DECIMVS.

Ad l.metum 9.§.licet eod.tit.& ad l.si pignore 22.§.idem Papinianus D.de pignor.act.Et ad d.§.sed & si quis l.14. D.quod met. cauſ.

NEc est cōtrarium quod Vlpianus scribit *in d. l.metum §.licèt tamen*, Licèt in rem actio danda sit ei qui vim passus est, quia post rescriptam ex prætoris edicto alienationē quæ per vim aut metum extorta fuerat, res in bonis eius esse incipit qui vim passus fuit. Attamen non sine ratione dici posse, Si in quadruplum quis egerit finiri in rem actionem, vel contrà, Si rem recuperauerit, actionem in quadruplum nullam superesse. Etenim multò facilius est, vt quadrupli exactione finiatur in rem actio, quæ alioqui competeret, quàm vt finiatur exceptio quæ non potest non esse perpetua quandiu durat actio cui exceptio obiicienda est. Id enim est quod dici solet, Ea quæ temporalia sunt ad agendum perpetua esse ad excipiendum *l. purè 5. §. vltim. D. de doli mal. except.* Nec tam difficile aut durum est dare promissori exceptionem metus aut violentiæ nulla replicatione elidendam, cùm ex stipulatione per vim interposita conuenitur, quàm ei accommodare actionem in rem ad eam ipsam rem persequendam, pro qua iam quadruplum sit consecutus: quia longè difficilius est vt detur actio ei cui iam adeò plenè satisfactum sit, & cuius nihil amplius interesse videatur, quàm vt detur exceptio ei qui conuenitur ex ea ipsa stipulatione in qua vim passus fuit. Atque hanc eandem Labeonis sententiam,

Digitized by Google

quam nos probamus, etiam Papinianus noster probasse videtur, quē Vlpianus refert *in l.si pignore 22.§.idem Papinianus De pign.act.* existimasse, Si metus causa creditor tradiderit debitori seruum pignoratum, quem bona fide pignori acceperat, & agendo Quod metus causa quadruplum consecutus sit, nihil tamē neque restituere ex eo quod consecutus est, neque debito imputare eum oportere. Nam si quadruplo simplum inesset, vt Iulianus vel potiùs Tribonianus putabat, nec nisi triplū in pœna esset, quidni cogendus esset creditor debito simplum imputare, & tripli pœna contentus esse. Non enim dici posset ideò nō cogendum imputare, quod totum quadruplum ab ipso debitore non ab alio perceperit, Quasi absurdum futurum sit si ei reddatur quod ille ipse dederit: Nempe quia non omne quod creditor à debitore exegerit lucro cedere creditoris debet, sed id demum quod pœnæ nomine exactum est, vt Modestinus loquitur *in l.id quod pœna 74.D.de solut.* Pœnæ scilicet legalis, vt ita dicam, non conuentionalis. Nam in conuentionali quæ in vicem eius quod interest promittitur, & præstatur aliud est, sempérque eam in sortem imputare creditor cogitur *l.quòd si ex stipulatu 42.D.pro socio.* Non ergo dubitauit Papinianus, quin quadruplum illud quod per actionem Quod metus causa exactum est, totum pœna sit, cùm nullam ex eo partem aut debitori restitui aut debito imputari patiatur. Quòd si sententiam Iuliani probasset, qui putabat actorem in quadruplo quod consecutus esset, simplum quoque consecutum videri, Vtique consequens esset vt ex eiusdem Iuliani sententia, doli exceptionem accommodaret debitori cōtra creditorem, qui iam quadruplum consecutus per actionem Quod metus causa, nihilominùs totum petere debitum perseueraret, & id ageret quantum posset, vt bis idem exigeret. Neque tamen potest sibi temperare Tribonianus *in d.§.sed & si quis*, quin se arbitrum interponat, & Labeonis sententiam nimis duram esse adfirmet, quæ post quadrupli quoque perceptionem, saluam adhuc relinquat ei, qui vim passus est, exceptionē. Et ideò subiungit de suo sebtiliter si Diis placet, ita esse rem temperandam, vt tam tripli condemnatione stipulator plectatur, quàm acceptilationem omnimodo facere compellatur. Quod temperamētum sanè implicat manifestam illam contradictionem, quam suprà iam obseruauimus. Nam præter id quod in actione Quod metus causa non tripli pœna est, sed quadrupli, vt docuimus, certum est siue tripli ea sit, siue quadrupli nō alia de causa ipsam irrogari, quàm quòd in proposita specie non sit paritum arbitrio iudicis iubentis fieri acceptilationem stipulationis: Cùm si acceptilatio facta esset, nullus planè condemnationi pœnali siue tripli, siue quadrupli locus relinqueretur. Quomodo igitur fieri potest vt is qui vim fecit vel metum intulit, cogatur præcisè & omnimodo, vt Tribon. loqui solet, parēre arbitrio & acceptam ferre stipulationem, & præterea tripli condemnationem pati debeat, ob id solùm quod non faciat acceptilationem? Nam si acceptum fert satisfacit arbitrio, & ideò pœnam euitat, quæ non nisi in odium & contumaciam nolentis satisfacere irrogatur, Si verò perseuerat nolle acceptum facere, non est cogendus vt inuitus acceptum ferat, quod nec fieri posset citra nimiā vim & impressionem, sed quia non paret arbitrio iudicis dignus omnino est cuius contumacia quadrupli condemnatione mulctetur. Neque sanè aut Vlpianum, aut alium vllum ex antiquis prudentibus aliter responsurum fuisse credendum est. Sed totum hoc sumpsit Tribonian. ex noua sua Iurisprudentia quæ contra totius iuris veteris rationem induxit primùm, vt in omnibus arbitrariis actionibus cogendus sit reus parēre arbitrio iudicis, adeóque si opus sit, manu militari, Vt constat

constat ex iis quæ nos latiùs scripsimus in Coniecturis *ad l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* Quo facto consequens sanè est vt nulla condemnatio sequi possit, quæ non nisi in pœnam cõtumaciæ sequi deberet. Quod nec Tribonianus negare potest aut dissimulare *in dict. l. qui restituere*, vbi posteaquàm dixit sub Vlpiani nomine, Eum qui rem restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere siquidem habeat rem cogendum esse manu militari officio iudicis, vt ab eo possessio transferatur, subiicit fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnationem fieri. Ita fit vt nullam contumaciæ suæ pœnam patiatur, Pœna enim si qua esset illa esse deberet, vt quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione & in infinitum iurasset, tanti reus damnaretur, sicut euenit etiam hodie quoties dolo malo possessoris factum est ne possit restituere *d. l. qui restituere §. si verò non potest.* Eodem igitur modo in actione Quod metus causa & in specie *d. §. sed & si quis*, debuerat Tribonianus dicere si iurisprudentiæ suæ memor fuisset, cogendum quidem omnimodo stipulatorem qui promissionem à reo per vim extorsisset, vt stipulationem acceptam ferret, Sed eo facto nullam irrogari aliam condemnationem oportere, quia nec de fructibus aut alia causa tractari hîc quicquam potest, cuius nomine sequi possit aut debeat condemnatio: Cùm tamen in contrarium scribat & cogendum stipulatorem acceptò ferre, & præterea tripli condemnatione plectẽdum. Sed & illud obseruare Tribonianus debuit longè dissimilem esse actionem, Quod metus causa in specie *d. §. sed & si quis*, & rei vindicationem de qua *in d. l. qui restituere.* Nam cùm is qui rem petitam arbitrio iudicis restituere iussus est, parêre non vult, facilè potest remedium illud adferri, vt officio iudicis & manu militari possessio ab eo transferatur, quoniam in eo nihil per vim facere possessor cogitur, sed tantùm pati. In quo minùs vtique absurditatis & violentiæ est, Impossibilitatis verò prorsus nihil. At cùm stipulatio per vim aut metum interposita acceptò ferenda est, nec tamen stipulator acceptum facere vult, non potest iudex quantumcumque adhibeat manum militarem cogere stipulatorem vt pareat arbitrio, Quia in eam rẽ non tantùm patientia opus est, sed etiam facto & verbis stipulatoris, cùm acceptilatio vt & alius contractus quilibet facti sit, nec nisi per stipulationem fieri possit. Cogendus igitur esset stipulator etiam inuitus non modò contrahere, quod aliquando fit saltem tacitè per taciturnitatem, verùm etiam loqui, adeóque quod magis est sollemnia acceptilationis verba proferre *l. 1. l. pluribus 6. & seq. l. & vno 18. §. 1. & pass. D. de acceptilat.* Atqui vt inuitus quis hæc faciat non magis manu militari cogi quis potest, quàm nudo iudicis præcepto. Nam nec seruus nisi vi verberum & tormentorum adigi ad id posset. Quo etiam casu si quid fallens pronunciaret, nihil ageret *l. qui in aliena 6. §. vlt. aliàs l. eum qui D. de acquir. hered.* Quid ergò faciat iudex, si etiam manu militari adhibita non possit extorquere à stipulatore nostro acceptilationem quam Tribonianus omnimodo faciendam esse ait? Hîc sanè nihil facere iudex nec Tribonianus ipse posset, nisi vt ad ius vetus rediret, huiúsque stipulatoris contumaciam irrogata quadrupli pœna coerceret. Concludamus ergo temperamentum illud Tribonianeum non modo à ratione iuris illius quod Vlpiani temporibus obtinuit prorsus alienum esse, sed etiam absurdum, & tale quod propter eam quam implicat contradictionem effectum, & exitum habere nunquam potest. Et stipulatorem de quo agimus si non pareat arbitrio ante sententiam, nec acceptum ferat, omnimodo condemnandum esse non vt acceptum ferat & hoc amplius tripli pœnam præstet, sed ad pœnam quadrupli ob

R

Digitized by Google

non factam acceptilationem, Adeò vt nec ei permittendum fit acceptum facere si velit ad euitandam pœnam post sententiam, Quia non habet reus licentiam satisfaciendi arbitrio & purgandi contumaciam, nisi vsque ad sententiam. Post sententiam verò sera est oblatio, nec vlla moræ purgatio admitti exinde potest *d.l.item si cùm §.hæc autem actio D.quod met.caus.*

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXXIII.

ERROR I.

De condictione triticaria, Et De certi condictione generali cur sic vtraque dicta.

CREDI non potest quanta sit vis in proprietate verborum iuris, ad ipsarum rerum quæ verbis significatur naturam, substantiámque exprimendam. Attuli ego antehac exempla huius rei non pauca, qui sicut omnia ex iuris ratione quantum per ingenij mei tenuitatem facere possum, æstimare soleo, ita & iuris ratione potissimùm ex vi, & proprietate verborum inuestigare. Adeò fuit familiare & perpetuum antiquis prudentibus nostris studium illud vt res singulas tam propriis & accommodatis verbis significarent, vt quisquis benè partitéque loquendi peritiam professus vim & proprietatem verborum intelligeret, rē ipsam ignorare vix vnquam posset. Nullum tamen luculentius exemplum adferre possim, quàm quod nunc proferā in tractatu quem adgredior De condictione triticaria, De qua etsi iam alibi scripsimus, præsertim cùm de rei debitæ æstimatione ineunda tractauimus *lib.16.Coniect.*& in prima huius nostræ Chiliadis parte, Fatemur tamē & agnoscimus ingenuè minùs feliciter nos in eo tractatu versatos esse, quod eo tēpore quid condictio triticaria, & cur sic dicta esset, ignoraremus, Contenti ea credere, quæ ab interpretibus & antiquioribus & recentioribus vno ferè consensu tradita videbamus. Cōdictionem triticariam à tritico dictam esse nemo nescit, Sed cur à tritico potiùs quàm ab aliis rebus nomen acceperit cùm per eam res omnes petantur etiam immobiles, omnes denique præter pecuniam numeratam, vt scriptum est *in l.1. D.de condict.tritic.* nemo aperit. Tritici enim appellationem fortasse possit quis dicere generalem esse vt cæteras merces omnes compre-

Digitized by Google

comprehendat, quòd omnium mercium præcipua illa sit, & ad vsum vitæ magis necessaria, Vt solent pleraque ex iis quæ pluribus speciebus ex æquo conueniunt, ab ea denominationem sumere quæ nobilior existimetur. Sed cùm per hanc condictionem etiam fundus petatur, adeóque vsusfructus & cæteræ res incorporales quæ quòd in iure consistant, hoc ipso digniores & nobiliores videri debeant, difficile est dicere cur à tritico dicta sit triticaria, potiùs quàm à fundo fundiaria, vel ab vsufructu, vsufructuaria. Erat enim multò aptius & conuenientius, vt fundi vel vsusfructus appellatione triticum quod in fundi fructu est, quàm vt appellatione tritici fundus ipse vel vsusfructus significaretur. Rideo cùm apud virum doctissimum Iacobum Cuiacium lego ex Stephano Græco interprete, sic dictam condictionem triticariam, quòd qui primus eam actionem dari sibi postulauit, fortè, inquit, ei res erat de æstimando tritico. Quasi verò casu potiùs quàm ratione aliqua Iureconsulti nomen hoc aut induxerint aut admiserint. Aut quasi in condictione triticaria tractetur de rei petitæ æstimatione in condemnationem deducenda, quod nos infra refellemus. Sed rideo magis cùm video Bartolum siue seriò ista tractantem, siue in re tam seria & obscura iocantem ludentémque scribere ad *dict. l.1. De condict. triticar.* Posse fortassis dici quòd ille qui induxit hanc condictionem fuit frater minor & Franciscanus qui omnes alias res accipiebat, præter pecuniam numeratam: Ac quia videt pro ea scilicet, qua excelluit Romanæ & ecclesiasticæ historiæ peritia, condictionem triticariam multò antiquiorem esse ordine Franciscanorum, hoc ille sibi obiicit vt agnoscas non iocari eum, sed loqui seriò, At habet statim quod respondeat, Si non fuit ille frater minor, qui triticariam induxit, fuisse saltem philosophum cuius condicio, & professio illa erat, vt pecuniam respueret. Quid verò dici obsecro potuit, vel stultius si iocari Bartolus voluit, vel ineptius si seriò agere? Quare nec ipse in hac sententia conquiescit, Sed addit putare seuerius, Condictionem triticariam fuisse introductam pro iis rebus quarum precia pro temporum & locorum diuersitate variantur, In quarum rerum numero pecunia non est cuius vna eadémque certa & perpetua æstimatio est *l.3. D. de in lit. iur.* Quæ ratio bona quidem est si hoc tantùm quæratur, Cur condictio triticaria non detur ad pecuniam numeratam, vt ad res cæteras, Sed tamen non satisfacit propositæ à nobis dubitationi, Cur à tritico dicta sit triticaria potiùs quàm ab aliis rebus quarum non minùs quàm tritici incerta est, & variabilis æstimatio. Augetur verò maximè dubitatio si addas quod nos probabimus in sequentibus, In condictione triticaria numquam peti æstimationem, sed semper & præcisè rem ipsam quæ debetur. Hoc enim si ita est, quid attinebat condictioni nomen quærere ex iis rebus quarum incertus esset valor? Mihi tota res hæc paullò altiùs repetenda videtur, & quod aiunt à capite, vt facilior & apertior fiat. Actiones omnes sicut hominum gratia comparatæ sunt, ita & ad cuiuscumque generis res petendas, quibus hominum vita, societas & commercium cõtinetur. Eæ res duplicis sunt generis, aliæ certæ, aliæ incertæ, sed duplici quoque sensu. Aliquando enim & vulgò certas res illas dicimus, quarũ species aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungatur, qualis & quãta sit, ostẽditur, vt cùm dicimus fundũ Cornelianũ aut quid aliud ex corporib. vel mobilib. vel immobilibus *l. certum 6. D. de reb. cred. l. stipulationum 74. §.1. iunct. l. seq. §. vl. D. de verb. obl.* Incertas verò eas tãtùm ex quarũ denominatione certò sciri & intelligi nõ potest,

quid quale quantúmque sit id de quo agitur, Puta si quis dicat triticum nec addat Africum aut quid aliud simile, & optimum. Qui enim triticum simpliciter dicit, aut Triticum Africum bonum, rem dicit non modò incertæ æstimationis, sed etiam quæ ipsa sit incerta vt ratiocinatur Vlp. *in d. l. vbi autem 75. in princip. & §. 1. eod.* Aliàs certum dicitur, quod vndequaque, & omni ex parte certum est, id est non tantùm quod ad ipsius designationem & demonstrationem attinet, sed etiam quantum ad æstimationem, Contrà verò incertum id omne quod licèt speciem certam habeat, æstimationem tamen incertam habet, ac pro temporum & locorum varietate mutabilem. Hoc verò posteriore sensu sola pecunia numerata certa est, Cæteræ res omnes incertæ, quamuis alioqui naturam adeò certam habeant, vt si in stipulationem vel alium contractum deductæ sint, stipulationem certam faciant, certúmque contractum. *dict. l. stipulationum 74. & seq. D. de verb. oblig.* Hinc nimirum *certi* appellatio, tam strictè sumpta támque propriè in illa edicti perpetui parte qua Prætor condictionem certi generalem proposuit iis verbis *si certum petetur* de qua *in tit. D. de reb. credit. si cert. pet.* Cuius tituli duæ proculdubio sunt partes, Prior generalis De rebus creditis, quæ causas illas & condictiones omnes de quibus agitur toto libr. 12. Pandectarum sub se complectitur, Non quasi aliqua sit generalis actio De rebus creditis [nec enim nomen illud est actionis vllius siue generalis siue specialis] sed quia & actio si certum petetur, & aliæ condictiones omnes de quibus tractant sequentes tituli ad res creditas pertinent: Quemadmodum *tit. de recept. Qui arbitr. recep.* non de aliqua generali actione intelligi debet quæ dicatur, De receptis, sed continet tantùm quid generale De receptis, ad quod duæ illæ speciales actiones referuntur, quarum vna tractatur in eo ipso tit. De arbitriis receptis, Altera in tit. seq. De eo quod nautæ caupones, stabularij receperunt, vt recepta restituant, vt docui in Rationalibus ad tit. illum De receptis, contra eos qui scripserunt, Nullos esse in Pandectis titulos generales. Atque in hoc errauit Bartolus, qui tradidit verbis illis *si certum petetur* nullam actionem certam significari, nec esse proprium nomen actionis, Cùm è contrario apertè scribat Vlpian. *in dict. l. 1. de condict. tritic.* Eum qui certam pecuniam numeratam petit illa actione vti *si certum petetur* quæ non alia planè quàm certi condictio generalis est quæ ex omni causa competit & ex omni contractu siue certo, siue incerto, vt idem Vlpianus tractat *in l. certi condictio 9. D. de reb. cred.* Illud verò obseruandum est, Vt actioni Si certum petetur, id est condictioni certi locus sit, non sufficere vt quis pecuniam numeratam petat, sed illud prætereà requiri vt certam pecuniam numeratam petat, quomodo loquitur Vlpian. *in dict. l. 1.* Non enim quantitas omnis certa est, sed ea tantùm quæ certo numero concluditur, aut per relationem ad certum numerum demonstratur. Vnde est quod Paulus *in d. l. certum 6. de reb. credit.* certum definit non id solùm cuius species, sed etiam cuius quantitas quæ in obligatione versatur aut nomine suo aut demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantáque sit ostenditur. Quantitatis enim certæ non aliud nomen est, aut alia demonstratio quàm nomen numeri, quo quantitas hæc potiùs quàm illa constituitur. Porrò nihil interest an dicamus certam pecuniã numeratã, an verò certã quantitatẽ, quoniã pecunia numerata semper quantitatẽ significat, & in quantitate cõsistit. Alioqui pecuniæ appellatio generalior ambigua esset, nec minùs cæteras res omnes præter pecuniã numeratã, quàm pecuniã ipsam numeratam cõprehenderet *l. pecunia 178. De verb. sign.* Proinde nõ potuerũt siue prudentes

nostri

nostri siue Prætores ex consilio prudentum elegantius aut certius aliud nomen dare condictioni certi, quàm vt certi condictionem vocarent iis edicti verbis propositam *si certum petetur*, vt hoc ipsum significarent, solam pecuniam numeratam eámque certam eiusmodi actione peti posse: cùm præter certā pecuniam numeratam nihil omnino in rerum natura sit quod absolutè certum dici queat, id est quod omni ex parte tam certum sit, vt nihil omnino incerti admixtum habeat. E contrario autem cùm cæteræ res omnes alio actionis genere petendæ essent, tanquam incertæ, conueniens æquè fuit vt actionis nomen sumeretur ex aliqua earum rerum quæ essent omnium incertissimæ, id est non tantùm quod ad suam intrinsecam æstimationem, sed etiam quod ad propriam suam naturam & substantiam. Ideò nimirum dici non debuit *condictio fundiaria* à fundo, licèt fundus quoque per eam peti possit, quia fundus cùm sit ex earum rerum numero quæ in specie non in genere consistunt, sicuti peti nūquam potest quin petatur in specie, id est fundus Cornelianus aut Tusculanus, aut Libonianus, non est quid omni ex parte incertum cùm certam habeat naturam & demonstrationem, sed eo tantùm respectu quod incertæ sit æstimationis. Fuit ergo conuenientius vt actioni nomē daret aliquid ex iis quæ in genere consistunt non in specie. Sunt enim ista semper incerta nec minùs quod ad propriam suam naturam & substantiam, quàm quod ad æstimationem, Ex quo fit vt nec perire possint, nec fieri deteriora quandiu in generis nomine & natura manent, nec transeunt in speciem. Eiusmodi sunt Triticum, vinum, oleum, hordeum, & aliæ similes res omnes quæ mercis appellatione continentur: Benè igitur dicta est condictio triticaria à tritico, quia licèt per eam aliæ res omnes præter certam pecuniam numeratam petātur, non minùs quàm triticum, potuerunt tamen eæ res omnes tanquam incertæ significari per triticū, cuius appellatione res omnino incerta significatur, Tùm quoque cùm de tritico Africo actum est additúmque *bono* nisi dictum sit *optimo, d.l. vbi autem 75. §. 1. D. de verb. oblig.* Quòd si curiosiùs pergas quærere, Cur non ergo dicta sit cōdictio vinaria, vel olearia, cùm & vinum, & oleum non minùs quàm triticum in genere consistant, incertámque habeant non mōdò æstimationem sed etiam naturam, Possem equidem, vt me expedirem, vno verbo respondere. Quia si cōdictio vinaria vel olearia dicta esset, ęquè interrogares. Cur ita, potiùs quàm condictio triticaria, & ita satisfieri tibi nunquam posset, Verùm placet curiosa interrogatio, vt curiosam nec inutilem tamen à me extorqueat responsionem. Dico Triticariam appellatam fuisse, & appellari debuisse, Nomine omnium conuenientissimo quòd ex mercibus omnibus etiam quæ cum tritico simillimā naturam habent, nulla sit ad hominis vitam & exhibitionem adeò necessaria, atque triticum est, ex quo nimirū panis fit, sine quo viuere nemo posset. Vinū namque, oleum, & alia huiusmodi, sunt quidem talia sine quibus humana vita æquè cōmodè transigi non possit, Sed tamen non adeò sunt absolutè necessaria, vt non facilè iis abstinere queat, quisquis velit contentus esse necessariis. Non enim sine vino, sed sine aqua homines siti necarentur, inquit Venuleius *in l. vlt. D. de riuis.* Quamquam non facilè hoc admitterent, quibus vinum sine aqua bibere, sollenne est. Itaque cùm actiones omnes & hominum gratia & ex necessitate comparatæ sint vt initio præfati sumus, Quicquid autē petimus nobis dari, certum id esse vel non esse necesse sit, aptissimè duobus his actionum generibus data sunt nomina ex iis rebus quæ omnium maximè ad humanæ vitæ vsum necessariæ sunt, Pecunia scilicet ac tritico. Quis enim sine pecunia &

pane possit viuere? Aut quis non cum pane, & pecunia? Nec mirum videri debet panis necessitatem hoc modo significatam fuisse appellatione tritici ex quo fit panis omnium exquisitissimus. Sicut & apud Hebræos panis nomine, vt audio, cæteræ res omnes significantur quæ in cibum cadunt, quòd ciborum omnium præcipuus magísque necessarius sit panis: quamuis rariores sint, nec nisi ditiores qui pane triticario vtuntur. Hinc igitur nomina actionis si certum petetur, id est condictionis certi & condictionis triticariæ. Sed nondum plenè explicata est vis & potestas huius etymologiæ, vt quæ triticariæ condictionis natura sit, & in quo maximè à certi condictione differat benè intelligatur. Etsi namque diximus certi condictione nihil peti nisi pecuniam numeratam, eámque certam, Per condictionem verò res omnes cæteras, Hoc ipsum tamen explicatu difficile videtur, cùm dubitari meo iudicio non possit, nemo certè hucusque dubitauit, quin & triticum & vinum & oleum, aliáque huiusmodi quæ vel pondere, vel numero, vel mensura constant, & in quibus mutuum consistere dicitur, adeóque fundus homo & aliæ species per certi condictionem peti possint. Sic enim accipio quod scriptum est *in l.2.§.mutui datio l.3.l.vinum 22.l.si quis certum 24.l.cùm fundus 31.& pass. D. de reb.credit.* vt scilicet non de triticaria sed de certi condictione loquantur. Alioqui non essent accommodatæ ad titulum sub quo collocatæ sunt, in quo certum est agi tantùm de condictione certi, nusquam verò de triticaria.

ERROR SECVNDVS.

Quomodo petatur triticum per condictionem certi, & cur non etiam pecunia numerata per triticariam.

HOc autem admisso duplex emergit difficultas, Prima illa, Quomodo igitur verum esse possit quod suprà diximus, Per condictionem certi nihil peti nisi pecuniam certam numeratam. Altera, In quo differat condictio certi à condictione triticaria, si per condictionem certi etiam triticum, & alia res quælibet peti potest, quæ posset per triticariam. Puto ego illud vnum posse ad vtramque dubitationem responderi quod iam attigi in præcedentibus Decadibus cùm de certi condictione generali aliquid cœpi dicere, Per certi condictionem posse quidem peti res quaslibet, etiam quæ per triticariam, sed æstimandas tamen certo precio, ac proinde certa pecunia numerata, & quidem inspecto eo tempore quo petita res est apud Prætorem per litis contestationem, & quo iudicium acceptum fuit, quod numquam accipitur nisi lite demùm contestata *dict. l. vinum l. vltim. D. de condict. triticar.* Vt proinde frustra interpretes post Accursium & Bartolum se torqueant in inuestigando, Qua ratione fieri possit vt æstimatio petatur ex contractu, ex quo non æstimatio, sed res ipsa debeatur, cùm nec aliud in petitione esse possit, quàm quod est in obligatione *l. si seruum 91.§.vltim. De verbor. obligat.* nec aliud in condemnationem referri debeat quàm quod fuit in petitione *l. vltim. Cod. de fideicom. libert.* Nam cùm petitio illa demum sit quæ fit apud Prætorem per contestationem *l. amplius non peti 15. D. rat. rem haber.* contestatio autem fiat priusquàm dictetur formula actionis & iudicij, consequens est vt qui per condictionem certi

petere:

petere vult triticum, quod mutuum dedit, non æstimationem tritici petat apud Prætorem, sed triticum ipsum quod in obligatione est: Ideóq; nec dubitandum est, quin liberetur debitor si eo tempore quo litis contestatio fit, triticum præstet dummodò æquè bonum, deniq; quale quantúmque est illud quod debet *l. cùm quid 3. D. de reb. credit.* At quia quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. D. de vsur.* quandoquidem nouissimum illud instans est, quo satisfacere obligationi is qui conuenitur potest *l. si Calendis 11. D. de re iudic.* tritici autem vt & cæterarũ mercium æstimatio non in singulos tãtùm annos vt cæteræ res solent, sed in singulos dies, adeóq; in singula penè momenta variatur, Ea res facit vt cùm triticũ sit ex numero earũ rerum, quæ recipiunt functionem in suo genere, triticũ quod alterius precij est iam aliud factum esse videatur, Inde fit, vt qui triticũ petit apud Prætorẽ vt impetret formulam condictionis certi si non eo ipso tẽpore triticum quale quantúmq; debetur, consequatur, exinde nõ triticũ simpliciter petiisse videatur, sed triticum æstimandum eo precio quod fuit accepti iudicij tempore. Siquidem nec liberaretur debitor si triticum vilioris precij factum quamuis eiusdẽ bonitatis & qualitatis vellet postea reddere. Atqui æstimatio certa fieri nõ potest quin cõsistat in certa pecunia numerata, Pecunia.n. numerata illa est quæ res cæteras omnes æstimat, nec per eas æstimari potest *l. si ita fideiussorem 42. D. de fideiuss.* Ergo qui petit triticum ea mente vt tritici æstimationem obtineat, quæ fuerit tempore litis contestatæ, quod vtique facere pro suo iure potest, si fortè vereatur ne postea decrescat tritici æstimatio, is proculdubio effectu ipso petit certã pecuniam numeratam quia licèt ante factam æstimationem ignoretur quantitas & numerus pecuniæ ex ea causa debitæ, Ea tamen per rerum naturam certa est, cùm præcisè ad præteritum idémque certum tempus referatur. Nam & certum illud est, quod per demonstrationem & relationem aliquam tale est. *d. l. certum.* In eámque rem accommodatur ei condictio certi, quam Prætor sicuti non dictat nisi petenti, nec nisi post litem contestatam, ita nec alij quàm ei cui iam quæsitum sit ius petendi precij in pecunia numerata, & qui voluntatem suam eam esse declarauerit, vt non triticum ipsum sed tritici æstimationem quæ accepti iudicij tempore fuisset, maior, consequi vellet. Secundum quod formulam actionis à Prætore sic concipi oportet, vt debitor non ad præstandum triticum sed ad eam præcisè æstimationem quæ litis contestatæ tempore fuerit, condemnetur. In quo verendum non est ne stultus videatur iudex si pro tritico petito condemnet debitorem ad precium, cùm obsequatur formulæ à qua nec volens recedere potest, Aut stultus Prætor, qui lite de tritico apud se contestata dederit actionem ad precium, cùm ipse quoque in eo secutus sit iustam & rationi consentaneam creditoris voluntatem, quem non potuisset sine manifesta iniuria cogere, vt tritico cuius ęstimatio post cõtestationẽ decreuisset, cõtẽtus esset. Tãtùq; abest vt hoc casu debitor ad aliud pro alio præstandũ cõdemnetur, vt è contrario fatẽdũ sit, fore vt creditor aliud pro alio inuitus accipere cogeretur, si audiẽdus esset debitor offerẽs triticũ vilioris precij pro tritico quod tẽpore litis cõtestatæ pluris fuisset. Atq; ita creditoris fauore ius constitui necesse fuit, ne alioqui debitoris morà & frustratio ipsi debitori prodesset, creditori verò noceret cui tamen imputari nihil posset. Quid ergo si ex diuerso accidat vt quod debetur triticũ petatur per litis cõtestationẽ eo tẽpore quo sit vilissimi precij nec dubitare creditor possit quin futurum sit vt subinde crescat eius æstimatio, An æquè dicemus cogẽdũ creditorẽ vt ea æstimatione cõtẽtus sit, quę fuerit tẽpore litis cõtestatę,

nec audiri debeat si eam ipsam tritici quantitatem quæ debetur habere malit quàm præteriti temporis æstimationem? Ita fortasse videri plerisque possit, vt inter debitorem & creditorem seruetur æqualitas, & ne alioquin obiici possit creditori non esse illum audiendum si id petat cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus *l. pen. C. de solut. l. si pater puellæ 12. C. de inoff. testam.* Sed tamen non ita est. Nec enim quæ ratio suadet fauendum esse creditori ne æstimationem tritici quæ decreuerit, pro tritico quod maioris precij fuit accipere cogatur, quoniam alioqui noceret ei mora debitoris, Eadem facere potest vt succurrendum sit debitori, ne pro tritico quod contestationis tempore vilius fuit, compellendus sit triticum soluere quod subinde maioris factum sit æstimationis. Siquidem hoc casu perinde accideret, vt non solùm impunita esset mora debitoris, sed etiam nociua creditori, qui tamen in exigenda re sibi debita negligens non fuisset. Ergo vtroque casu eadem ratio facit, vt in creditoris arbitrio esse debeat, an ea æstimatione contentus esse malit, quæ fuit tempore litis contestatæ, an potiùs triticum petere quod post litem contestatam pluris esse cœperit, Ne in damno moretur, si propter factam à se contestationem prohibeatur petere triticum quod hodie pluris est, Præsertim cùm non habeat debitor quod conqueratur si ad præstandum triticum conueniatur, qui etiam hodie triticum debet. Nam cùm neque ante litem contestatam, neque ipso litis contestatæ tempore datum sit, saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit, vt ratiocinatur Paulus *in l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem D. de action. empt.* Contrà verò nulla fit iniuria debitori si condemnetur ad præstandum triticum cuius æstimatio à die litis contestatæ creuerit, potiùs quàm ad eam æstimationem quæ contestationis tempore minor fuit, quia licèt ex grauiore condemnatione maius damnum sentiat, nullum tamen sentire videtur, quod ex culpa sua sentit, vt habet iuris regula. Et cùm vna eadémque culpa sit debitoris quod petitum triticum saltem eo tempore quo litis contestatio fiebat non obtulit, quandoquidem illud offerendo liberari potuisset, nec de futuro æstimationis incremento vel decremento curandum quicquam habuisset, Mirum non est vtroque casu pœnam eum culpæ suæ subire siue tritici valor creuerit, siue decreuerit, Data creditori electione vtrum petere malit, an tritici præteritam æstimationem in casu decrementi, an triticum ipsum cuius præsens æstimatio sit maior. Si enim hanc electionem creditori non daremus, eueniret facilè vt non minùs debitori mora sua prodesse posset, quàm nocere. Sicuti namque noceret imminuta tritici æstimatione si triticum vilius factum offerens non audiretur, Ita prodesset si aucto tritici precio liberaretur eam ipsam æstimationem præstando, quæ iudicij accepti tempore minor fuisset, nec triticum ipsum præstare cogeretur: Aut si vtroque casu ad triticum præstandum condemnandus esset, noceret quidem ei mora sua, aucto post litem contestatam precio, sed eadem prodesset imminuto. Non potuit igitur diuersitas & contrarietas casuum diuersum ius extorquere in ea re quæ ex debitoris culpa omni casu proficisceretur. Porrò cùm id accidit vt creditor cui triticum debetur, præuidens fore vt tritici valor augeatur, mauult triticum ipsum petere, quàm tritici æstimationem quæ fuit tempore litis contestatæ, quia non pecuniam petit, nec quid certum, sed rem omnino incertam siue quòd in genere consistat non in specie, siue quòd incertam habeat æstimationem, non potest vtique petere per condictionem certi, sed petere debet per triticariam, Quam ideò sic dictam putamus, Non tam quòd per eam triticum petatur

Digitized by Google

petatur [quod etiam per condictionem certi, vt diximus, peti potest, suo tamen eóque certo precio æstimandum] quàm quia triticum ipsum, id est non etiam præteritum aut præsens, aut futurum tritici precium persequatur. Triticum, inquam, nullo certo precio æstimandum, sed in suo genere, & in ea qua conuenit bonitate & qualitate præstandum: Nisi quòd pecuniam in condemnationem deduci necesse est, vt iudicati executio fieri aliqua possit. Vnde illud etiam fit vt in condictione triticaria sit res æstimanda inspecto tempore condemnationis *l.3. D. de condict. tritic.* vt in sequentibus tractabitur. Ex quo apparet quod superiore capite præfati sumus, quàm apposite & accommodatè indita sint nomina huiusmodi actionum, Condictionis certi, & Condictionis triticariæ, ad ipsarum actionum diuersitatem substantiámque demonstrandam. Hinc namque pendent cætera quæ circa vtriusque tractatum postea dicturi sumus.

ERROR TERTIVS.

De certi condictione speciali ex mutuo.

IN vniuerso tractatu De condictione certi præcipua quæstio est inter iuris nostri interpretes præsertim veteres Italos & Vltramontanos magnis contentionibus agitata, Vtrum certi condictio vna sit an plures, & an generalis aliqua quæ plures sub se species contineat, an verò species vna actionis sub qua non nisi indiuidua plura contineantur. Itali defendunt vnam esse generalem, sed plures speciales, inter quas primam ac potissimam nominant condictionem certi ex mutuo. Nostri verò Vltramontani magis probant vt nulla sit certi condictio specialis, ne quidem ex mutuo, Sed sit illud potiùs exemplum generalis condictionis certi quæ locum habeat, siue ex mutuo, siue ex qua alia causa certum debeatur. Bartolus suorum, vt solet, sententiam secutus, non solùm certi condictiones speciales plures agnoscit, sed etiam negat certi condictionem generalem vllam esse quæ possit competere, nisi cùm specialis aliqua competit, puta ex mutuo aut ex stipulatu. Vnde cogitur fateri nullo penitus casu necessariam esse certi condictionem generalem, cùm possit specialis in suo quælibet casu sufficere. Mihi, qui si cum Bartolo conferar, sum Vltramontanus, longè probabilior Vltramontanorum traditio hac parte semper visa est. Nec meliore alia ratione, quàm quæ ex supradicta Bartoli confessione elicitur. Quis enim possit credere introductam à prudentibus certi condictionem vt competeret ex omni causa, ex qualibet obligatione, & ex omni contractu siue certo, siue incerto, quomodo loquitur Vlpianus *in l. certi condictio 9. in princip. D. de reb. cred.* si eiusmodi actionis inducendæ nulla erat necessitas? Sæpius namque monuimus, quod verissimum est, nullas nisi ex necessitate inductas fuisse à prudentibus actiones, quas sanè frustra comparari & multiplicari non modò inutile, sed etiam perniciosum reipublicæ fuisset, Nisi si quando fortè contingat vt vna actio sit plenior altera vt in *l. qui seruum 34. De obligat. & action.* quod planè hic non euenit cùm condictio hæc certi generalis vel fatente ipso Bartolo semper & omni casu stricta sit, ideóque minùs plenas habens præstationes, numquam certè pleniores. Manca potiùs in eo fuit Iurisprudentia, quod non tot actionum species adinuenire potuit, quot necessariæ fuissent, ne qua deesse-

videri posset, quòd longè plura sint negotia quàm vocabula, Propter quam causam generales & subsidiarias Præscriptis verbis & in factum actiones induci necesse fuit, quæ deficientium vicem supplerent, vt scriptum est *in l. 1. 2. 3. & 4. D. de præscr. verb.* Quod si verum est ex Philosophorum scholis, Non esse multiplicanda entia, sine necessitate, Multò veriùs dicere possumus, Multiplicandas non esse actiones si nulla necessitas vrgeat, Illa verò multiplicatio ineptissima omnium esset per quam generalis actio aliqua induceretur ad hoc tantùm vt cum alia speciali concurreret. Quid enim speciali addere generalis potest? An non verò quæ specialia sunt magis afficere solent, quàm quæ generalia? Aut igitur nullam certi condictionem generalem esse fatendum est, si vnaquæque species in quam certi condictio cadere possit habet suam specialem, Aut specialem certi condictionem nullam esse si vna est generalis quæ speciebus omnibus sufficere, & accommodari possit. Error omnium istorum ille est, quod putant condictionem illam, quam nos certi generalem vocamus talem esse, quæ generaliter quoque exerceri & in iudicium deduci possit, & quæ vt Bartolus loquitur, hoc habeat medium concludendi diuersum à condictionibus specialibus, quod qui agit generali condictione certi, intendit ideò tantùm sibi dari oportere, quòd certum debeatur, Qui verò speciali puta ex mutuo vel ex stipulatu ideò tantùm quod res petita mutuo data sit vel per stipulationẽ promissa. Hoc verò non ita est. Nulla enim actio esse potest quantumlibet generalis & edicto Prætoris generaliter proposita, quam non sit necesse cùm exercetur, sicut aduersus personam aliquam, aut rem certam dirigi, Ita & ad specialem aliquam causam restringi, vt ex ipso actionis nomine possit apparere quam causam habeat, & quam rationem. Cuius rei exemplum euidentissimum est in ea certi condictione generali de qua nunc tractamus. Nam qui sic ageret vt tantummodò diceret se certum condicere, quomodo certi condictionem generalem proponi debere vult Bartolus, non ideò exprimeret qua de causa ageret, nec proinde posset reus scire, an contendere deberet, an cedere: quod vnum maximè prætori propositum est, qui ob eam rem prima edicti perpetui parte edendæ actionis qua quisque volet experiri necessitatem acturo imposuit *l. 1. D. de edend.* Cùm enim certi condictionem dicimus, actionis tantùm materiam significamus, id est rem quæ petitur, certam esse, sed non formam neque causam, nisi addamus, Certum nos petere quod nobis debetur ex mutuo, vel ex stipulatione, vel ex lege Aquilia, vel ex furtiua aut qua alia causa. Illud igitur omnimodo addendum est vt actio ritè rectéque instituta videatur. Alioqui non posset ex eiusmodi actione sequi vlla condemnatio, Cùm nemo sit ob id solùm condemnandus quod ab eo certum petatur, sed ob id tantùm quòd certum ipse debeat. Fieri autem non possit vt debeat, quin debiti causam specialem aliquam interuenire necesse sit, Adeò vt nec sufficeret promissam esse rem per stipulationem, si nulla promittendi causa præcessisse proponeretur, quia tunc licèt actio ex stipulatione summo iure competeret, elideretur tamen per doli mali exceptionem *l. 2. §. circa D. de doli mal. except. l. cùm enim 7. D. de nouat.* Causa itaq; illa exprimenda est, aut omnis actio deneganda actori, qui actionis quam sibi dari postulat causam nullam exprimere aut possit, aut velit. Et verò cùm sollenne olim esset vt actiones non darentur à Prætore nisi post litem contestatam, Quæro à Bartolo an putet fieri potuisse litis cõtestationem apud Prætorem per solam certi petitionem nulla causa expressa ex qua debitum diceretur certũ illud, quod petebatur? Nemo planè iudicio meo negare possit, etiam admisso eo

quod

Digitized by Google

quod nō puto admitti posse, vt potuerit actor incertum dimittere aduersarium quo tandem speciali actionis genere experturus esset, Numquam tamen passurum fuisse Prætorem vt eadē incertitudo in ipsa quoque litis contestatione duraret, Quandoquidem inde futurum esset, vt neque certam formulam iudici à se dato præscribere potuisset, nec factum ipsum notare de quo ex formula cognoscere iudex debuisset. Quid enim aut quale illud fuisset dicere *si paret Caium Titio centum debere* nulla tamen debiti causa expressa? Vtique iuris fuisset illa quæstio nō facti. Debiti namque nomen ad ius refertur, non ad factū, sicut & nomē obligationis, Nisi cùm de serui debito tractamus, *l. nec seruus 41. D. de pecul.* Sed debiti causa illa est, quæ in facto non in iure consistit, puta si quid deberi ideò dicatur, quod vel mutuo datum, vel per stipulationem promissum sit. Atqui non dabantur iudices nisi vt de facto cognoscerent, ac postea de iure non pro arbitrio sed ex formulæ præscripto pronunciarent. Causam ergo debiti apud Prætorem in ipsa litis contestatione exprimi necesse erat, vt posset Prætor ad facti quæstionem accommodare formulam, & iudici præscribere facti quæstionem, de qua cognoscendum haberet, an mutuò data esset pecunia, vel stipulanti promissa, necne. Idque est meo iudicio quod ait Iustinianus *in princ. tit. Quib. mod. re contr. oblig.* ex contractu mutui nasci actionem quæ vocatur condictio. Non ait nasci ex mutuo condictionem certi generalem, quia generalis non potest nasci ex aliquo contractu speciali, sed generalis dicitur, quia nascitur & competit ex quacunque causa ex qua certum petitur *dict. l. certi*, ac proinde relatione facta generaliter ad omnes causas ex quibus certi condictio specialiter nasci & competere potest. Nec tamen ait Iustinianus ex contractu mutui nasci condictionem certi specialem, sed condictionem, vt intelligamus actionis nomen esse generale, causam verò specialem, quod etiam probari potest ex *l. in duobus 28. §. exceptio D. de iureiur.* Sed & illud obseruari volo quod nemo obseruat, non sic loqui Iustinianum vt dicat ex mutuo nasci condictionem certi, sed condictionem simpliciter, Quia cùm mutuum non tantùm consistat in pecunia numerata, sed etiam in cæteris rebus quæ vel pondere vel mensura constant *l. 2. §. mutui eod. tit.* Consequens est vt non solùm certi condictio ex contractu mutui nascatur, sed etiam condictio triticaria si fortè creditor malit, pro tritico, vino, vel oleo quod mutuum dedit, tantundem recipere in suo genere, ac quod sit eiusdem bonitatis & qualitatis quàm in pecunia numerata. Quo casu certi condictio competere nequaquam potest quia neque certa pecunia numerata petitur *d. l. 1. De condict. tritic.* neque aliud quicquam quod per se certū sit, Cùm triticū quod in genere debetur sit sui natura incertum nisi ponas actum de tritico Africo & optimo *d. l. vbi autem 75. §. 1. D. de verb. oblig.* Nam & inde fit vt si quis mutuò datū à se triticū stipulatus sit sibi reddi [quod cùm euenit vna tantùm actio nascitur, eáq; ex stipulatione non ex contractu mutui *d. l. cùm enim 7. D. de nouat.*] non possit nasci ex eo contractu certi condictio, quippe quæ non aliter competit ex stipulatione quàm si stipulatio sit certa, vt idē Iustin. scribit initio *Tit. De verb. oblig.* Stipulatio autem certa non est nisi quæ rem certā continet non quæ incertam *l. si quis certum 24. D. de reb. credit.* iunct. *d. l. stipulationum 74. & d. l. vbi autem in prin. & §. 1.* Ex quo intelligimus quàm parum aptè idem Bart. noster respondeat ad quæstionem quam proponit *in dict. l. certi condictio.* In quo differant Condictio sine causa, Condictio triticaria, & condictio certi, cùm omnes sint generales. Ait enim condictionem sine causā esse generalissimam, quia comprehendit omnes casus quibus nulla dandi causa suberat:

siue pecunia numerata data sit, siue alia quælibet res certa, siue incerta. Condictionem verò triticariam esse generaliorem nō si cum generalissima, sed si cum generali conferatur, quia competit ad res omnes siue certas siue incertas sola excepta numerata pecunia *d. l. 1. De condict. tritic.* Certi autem condictionem esse generalem, quia omnes quidem causas complectitur ex quibus certum petitur, sed non res omnes cùm non detur ad incertas. Quæ traditione bona & recta esse possit, illud facit quod non ad istarum actionum formam, sed ad materiam tantùm explicandam pertinet, id est circa quas res versentur, non autem quam vim & potestatem habeant. Vnde fieri necesse est vt quibus casibus circa eandem versantur materiam, non possit sciri in quo Bartolus differre illas crediderit. Quid enim si per condictionem sine causa petatur res aliqua incerta, quæ per triticariam perinde peti possit, In quo differet hoc casu condictio sine causa à condictione triticaria? Quid rursum si petatur res certa, alia tamen quàm pecunia numerata? Vnde agnoscam vtrum condictione sine causa, vel triticaria agatur, agive oporteat? Quid denique si pecunia numerata petatur? Quænam erit hoc casu inter condictionem sine causa & triticariam differentia, Vel, quod ad rem nostram magis facit si extra pecuniam numeratam res aliqua certa petatur quæ non minùs per cōdictioné certi quàm per triticariam peti potest, nullâne erit inter certi condictionem & triticariam differentia? Nulla penitus si eas materia sola distinguit. Ergo debuit Bartolus dicere in hoc potissimùm actiones istas differre, quod & diuersas causas habent & diuersos fines. Condictio enim sine causa hanc ipsam causam habet, quod res quæ condicitur sine causa est penes eum cui condicitur: In condictione certi & triticaria diuersum est, per quas non intenditur id quod condicitur esse penes aduersarium sine causa, sed esse ex ea causa propter quam æquum sit & oporteat dari eam actori. Rursus tùm quoque cùm eadem res est quæ per condictionem certi & triticariam peti potest, in eo tamē condictiones hæ differunt, quòd qui agit condictione certi petit rem quidem certam, sed tamen æstimandam precio, eóque certo vt tandem condemnatio fiat in pecuniam certam numeratam, quæ proinde sola effectu ipso per hanc actionem petitur. Qui verò triticariam proponit rem ipsam sic persequitur vt eam omnimodo habere velit, non eius æstimationem quamuis eo quoque inuito deducenda sit pecunia in condemnationem & lis æstimanda vt superiore capite diximus, & fiet apertius ex iis, quæ in sequentibus dicemus.

ERROR QVARTVS.

De condictione certi, quam dant interpretes ad id quod interest.

NIHIL est quod mihi durius & intolerabilius videatur inter cætera quæ circa condictionem certi ab interpretibus nostris tradita mihi non probantur, quàm quod Accursio primùm, deinde Bartolo placuisse video, vt certi condictio etiam ad id quod interest, possit competere. Sic enim vterque ad *l. certi condictio 9. D. de reb. cred. & ad l. Sed etsi 22. §. cùm iter D. de condict. indeb.* Nam quomodo fieri obsecro potest vt condictio certi detur ad rem incertam? An non repugnat proprietas verborum, & nomen ipsum actionis? *l. si quis certum 24. D.*

tum 24.D.de reb.credit.d.l.certi 9.in princ. eod.l.1.De condict.tritic. Quid verò in rebus humanis incertum est, ex earum scilicet numero, & genere quæ in actionem cadere possunt, si tale non est id quod interest? Quippe in facto non in iure consistit, non solùm quatenus cuiusque intersit sed etiam vtrum intersit. Et ideò plerunque accidit vt quamuis & reuera intersit, & pluris intersit, attamen difficultate ac inopia probationum res ad nullam aut perexiguam summã deducatur, vt scriptum est *in l.vlt.D.de prætor.stipulat.* Porrò dici solet, quod & verissimum est, non entium & non apparentium idem esse iudicium *vulg. §.si aduersus Inst.de nupt.* Nec valde refert an quid omnino sit incertum, id est etiam in ipsa rerum natura, An verò certum quidem sit per rerum naturam, sed tamen ita vt certitudo illa sciri non possit, sicuti in specie *l.ventre* 84. *D. de acquir. hered.* cùm decessit filius ventre quidem pleno, sed incerto adhuc eo an plenus esset, an vacuus, vt tractatum à nobis est *lib.1.Coniect.cap.10.* Fieri ergo nequit vt vllo vnquam casu id quod interest per certi condictionem petatur. In eamque rem apertissimæ sunt leges illę ferè omnes quotquot in libris nostris de incerti condictione loquuntur. Omnes enim eò pertinent vt appareat neque alij condictionem illam dari, quàm ei cuius interest, neque ad aliud quàm ad id quod interest. Vt cùm *in l.hoc senatuscõsultum 5.§.1.D.de vsufr.ear.rer.quæ vsu consum.* Vlpianus scribit, Vsufructu pecuniæ legato aut alterius rei quæ vsu consumatur, si omissa sit cautio cuius remedio Senatus quasi vsumfructum eiusmodi rerum constituit, posse omissam cautionem condici. Et quidem incerti condictione, Nempe quia interest proprietarij eam cautionem habere, cuius beneficio etiam consumpta re fructuaria possit commodiùs indemnitati suæ consulere ac proprietatem reposcere. Quomodo etiam accipiendum proculdubio est, quod Papinianus ait *in l.pater 7.§.si fortè D. de dot. releg.* Si fortè per errorem cautio defensionis omissa sit, & ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, non quidem fore locum repetitioni fideicommissi tanquam indebiti, propterea quòd cautionis præstandæ necessitas solutionem tantùm moretur nec indebitum faciat quod fuit debitum, Sed tamen non esse iniquum heredi subueniri, Scilicet per condictionem incerti, quoniam omissa cautio condicenda est quæ certa esse non potest, cùm nulla sit, Cúmque non aliam ob causam detur hæc incerti condictio, quàm vt cautio quæ omissa fuerat, interponatur, Nec alia ratione quàm quòd eam interponi agentis intersit, apparet non ad aliud eam dari in effectu quàm ad id quod actoris interest, quia etsi condemnatus reus cauere recusaret, non tamen ad aliud teneri posset, quàm ad id quod actoris interesset. Sic enim & *in l.tribus 8.eod.tit.de vsufr.ear. rer.* incerti agendum esse lex ait contra eum, qui cùm satisdare debuerit, non satisdedit. Nempe quia in ea specie interest legatarij fideiussores non suo periculo quærere vt scriptum est in fine legis. Item in specie illa quam Pomponius tractat *in l.sed etsi 22.§.1.D.de cond.ct. indeb.* Si cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradiderim. Nam posse me incerti condicere Pomponius ait vt iter mihi concedatur, Quod & Paulus sentit in *l.si tibi liberum 8.D.de action.empt.* Quemadmodum & si heres falsò existimans se damnatum dare, promiserit, non modò agentem summouere doli exceptione potest, sed etiam incerti condicere vt liberetur, vt idem Paulus ex Pomponio tractat *in l.si heres 5. in fin. eod. tit.* Cur verò incerti? Nisi quia datur ea actio ad id quod interest, quod incertum semper est, nec ipso actionis tempore certum esse vnquam potest, cùm non nisi per

taxationem certum fieri queat *dict.l.vlt. De prætor. stipul.* Taxatio autem condemnationis non possit non sequi aut saltem concomitari condemnationem *l. si traditio 4. in fin.C.de action. empt.* Sic *in l. qui exceptionem 40. §. si pars D. de condict. indeb.* Marcianus scribit, Si pars domus quæ in diem per fideicommissum relicta est arserit ante diem fideicommissi cedentem, & eam heres sua impensa refecerit,non equidem dubitari quin deducenda sit impensa ex fideicommisso, Sed si sine deductione domum heres tradiderit, posse eum incerti condicere quasi plus debito dederit. Quæ etiam sententia est *l. heres 21. D. ad SC. Trebell.* de cuius sententia & emendatione scripsimus in præcedentibus. Non enim vel domus hereditaria, vel hereditas ipsa fideicommissaria condicitur, quasi simpliciter indebita, cùm non neget heres fideicommissum deberi, sed omissa deductio condicitur, quemadmodum superioribus casibus omissa cautio,quod vtique per solam incerti non certi condictionem fieri potest. *l. quòd si nulla 60. de legat.1.* Similiter Vlpianus ex Neratio & Aristone refert *in l. & ideò 12. §. Neratius D. de condict. furt.* Creditorem cui res pignori data est si ea subrepta sit, ab alio scilicet quàm à debitore, incerti condictione agere debere, Nimirum quia sicuti non alia ratione actio ei competit, quàm quia eius interest, cùm actione pignoratitia debitori teneatur ad restitutionem pignoris, Ita neque ad aliud agere potest, quàm ad id quod sua interest. Videtur autem ipsius interesse non credito tenus duntaxat,sed omnimodo in solidum, quia superfluum quod excedit debitum, debitori pignoratitia actione restituere postea cogitur *l. creditoris 15. l. creditori 87. D. de furt.* Quod etiam explicatum à nobis est in superioribus. Addemúsne,quod ex Papiniano scriptum est *in l. ob eam causam 9. D. de præscript. verb.* Eum qui ob eam causam accepto liberatus fuit vt nomen Titij debitoris sui delegaret si fidem contractus non impleat incerti actione teneri,id est condictione incerti,nequaquam. Nec enim actio illa incerti ea condictio est,de qua nunc agimus, sed actio Præscriptis verbis,de qua sub illo tit. Vt ex eo apparet quod in eadem lege sequitur, officio iudicis contineri non vt vetus obligatio restauretur, sed vt promissa præstentur, vel cōdēnatio sequatur, scilicet in id quod actoris intererit:si reus nō præstet quod promisit. Nam quod lex ait *sed promissa præstabitur*, scilicet obligatio ad vim certè actionis referendum est, quod & benè ad eum locum putat Bartolus, vt sequens illa pars disiunctionis probat *aut condemnatio sequetur.* Nec ita est accipiendum quasi implementum promissorum in præstatione & electione debitoris sit non etiam in petitione & condemnatione, licèt verum sit non aliter esse condēnandū reū in id quod intererit agentis ex natura actionis Præscriptis verbis *l. si tibi decem 7. eod. tit.* quàm si perseueret non implere quod promisit. *l. cùm precibus 4. Cod. de rer. permut.* Atque sic intelligendum est quod de præscriptis verbis ciuili actione incerti danda ad placitum implendum scribunt Imperatores *in l. rebus 6. & l. vltim. eod.* vt ea incerti actione cogatur reus implere promissa, non coactione præcisa, sed causatiua, id est nisi malit pati condemnationem eius quod interest. *dict. l. ob eam causam.* Nec dissimile est quod Pomponius tradit *in l. permisisti 26. eod. tit.* Si permiseris mihi cretam eximere de agro tuo ita vt compleam eum locum vnde exemissem, & postquam exemi non repleam, & quæratur quam habeas contra me actionem, siquidem vendidisti mihi cretam posse te ex vendito agere, Si non vendidisti certum esse ciuilem incerti actionem tibi competere. Ad quid verò? Nempe vt si

locum

locum illum replere nolim præstem tibi quanti tua intereſt: Nam vt locum repleam ſi nolim, cogere me inuitum non potes, cùm ſit ea res meri facti ad quod præcisè cogi non poſſum, Ideóque neceſſe omnino eſt vt in locum obligationis facti ſuccedat præſtatio, ac primùm condemnatio eius quod intereſt *l. ſi quis ab alio 13. in fin. D. de re iudic. l. ſtipulationes 72. l. quoties 81. De verb. oblig.* Hoc verò non per condictionem incerti, ſed per actionem præſcriptis verbis quæ & ipſa incerti eſt, quia effectu ipſo datur ad id quod intereſt, ſed tamen condictio non eſt quia datur ad petitionem non ad repetitionem *l. 5. §. 1. de praſcript. verb.* Sed omnium apertiſſimus textus eſt *in l. vltim. D. ſi quis in ius vocat. non ier.* vbi Vlpianus ex Celſo ſcribit, Cùm quis in iudicio ſiſti promiſerit, neque adiecerit pœnam ſi ſtatus non eſſet, incerti cum eo agendum eſſe in id quod intereſt. Quid enim aut Vlpianus aut Celſus potuit ſcribere apertiùs, vt oſtenderet, & incerti actionem dari ad id quod intereſt, & id quod intereſt non niſi per incerti actionem peti poſſe. Ne nunc quidem loquor de condictione ſed de actione incerti quomodo & Vlpianus *in dict. l. vltim.* quoniam actio quæ in illa ſpecie competit non incerti condictio eſt, vt omnes vulgo credunt interpretes, vt nec Præſcriptis verbis, ſed ex ſtipulatu, cui cùm non aliter locus ſit quàm ſi res incerta in ſtipulatum deducta ſit *l. ſi quis certum 24. D. de reb. credit.* dubitandum non eſt quin eadem competat, cùm id ipſum quod intereſt in ſtipulatione ſiue expreſſe, ſiue tacitè continetur, *vt in dict. l. quoties.* vbi eadem Celſi ſententia ab eodem Vlpiano refertur, *l. vltim. D. de prætor. ſtipulat.* Nec enim opus eſt ad condictionem incerti generalem recurrere cùm ſpecialis actio competit ex ſtipulatu. Alioqui numquam ex ſtipulatione ſiue certa ſiue incerta poſſet agi, ſi quemadmodum condictio certi competit quoties certum in ſtipulationem deductum fuit, ita & condictio incerti daretur ex ſtipulatione quæ interpoſita fuiſſet de re incerta, Quod & Iuſtinian. noſter apertè docet initio *tit. De verb. obligat.* Denique ne dubites verum eſſe quod contendimus, Incerti agendum eſſe non certi, quoties agitur ad id quod intereſt, audi Papinianum *in l. liber homo 118. §. vltim. De verb. obligat.* vbi eleganter ait, Sic interpoſita ſtipulatione *Decem mihi aut Titio, vtrum ego velim dare ſpondes?* ex eo quod mihi dandum eſt certi ſtipulationem eſſe, Ex eo autem quod Titio ſoluendum, incerti. Finge, inquit, mea intereſſe Titio potiùs quàm mihi ſolui, quoniam fortè pœnam promiſeram ſi Titio ſolutum non fuiſſet. In quo tamen obſeruandum eſt, quod Bart. non vidit Papinianum eo loco nõ de condictione incerti tractare, ſed de ſtipulatione incerti, Qualis eſt omnis ſtipulatio in quam deducitur res incerta, vt iam diximus *ex l. ſtipulationum 74. eod. tit.* & conſequenter de actione ex ſtipulatu, Neque enim de condictione incerti tractandum eſt cùm agitur ex ſtipulatione incerta vel quod idem eſt incerti, cùm eo caſu competat propria actio ex ſtipulatu. *dict. tit. De verb. oblig. in princip.* iunct. *dict. l. ſi quis certum 24. De reb. credit.* quæ cùm denegat condicticiam actionem ex ſtipulatione rei incertæ, non minùs incerti quàm certi condictionem denegat, quia ſicut incerti condictio perinde condictio eſt, atque certi condictio, Ita & condictitia actio perinde illa per quam incertum petitur, atque illa per quam certum: Siquidem actionem condicticiam cùm dicimus, nihil niſi cõdictionẽ ipſam ſignificamus. Sed quamuis duo ij loci de quibus proximè locuti ſumus, Vlpiani prior *in d. l. vlt. ſi quis in ius vocat. non ier.* & poſterior Papiniani *in dict. l. liber homo §. vltim.* non de incerti condictione loquantur, ſed de ſtipulatione incerti, déque actione ex ſtipulatu,

Digitized by Google

quæ ex ea causa competit, Probant tamen optimè quod volumus, non tantùm circa actionem incerti, sed etiam circa incerti condictionem: quæ ipsa cùm sit actio, eáque incerti, planè fieri nequit vt quæcumque de incerti actione in genere verè dicuntur, eadem de incerti quoque condictione dici non debeant. Ne aliter statuentibus fatendum sit, Posse condictionem certi quam Bartolus post Accursium dat in id quod interest, concurrere in eadem facti specie cum actione incerti, siue condictio illa incerti dicenda sit, siue actio ex stipulatu, Quod tamen non magis vtique fieri potest, quàm vt eadem res numero sit & certa & incerta, aut eadem siue actio, siue condictio, & certi, & incerti. Idque omnium manifestissimè docet Iustinianus *in dict. tit. De verb. obligat. in princip.* cùm ait Ex stipulatione & verborum obligatione duas nasci actiones Condictionem certi si certa sit stipulatio, & actionem ex stipulatu si incerta: Vt intelligas nihil quidem interesse inter stipulationem certi, vt Papin. loquitur *in d. l. liber homo §. vlt.* & condictionem certi, nisi quantum inter actionis materiam & actionem ipsam interest, stipulatio enim certi non actionis nomen est sed contractus, At inter stipulationem incerti, & condictionem incerti multùm distare, quòd incerti condictio nulla ex stipulatione ne quidem incerti nasci possit, Sed ita tamen vt ex incerti stipulatione, incerti quoque necessariò agendum sit, nunquam verò condictione certi. Nunquam ergo admitterent Iureconsulti quod vult Bartolus agi condictione certi ad id quod interest, quoniam incerti actio, quam illi induxerunt eo casu quo incerti condictionem locum habere noluerunt, id est quo incertum in stipulationem deductum sit, perinde condictionem certi excludit, atque ipsa condictio incerti eam excluderet. Quæ enim antithesis & oppositio est inter condictionem certi & condictionem incerti quemadmodum non est in condictionis nomine, in quo conueniunt sed in adiunctis illis qualitatibus *certi & incerti* quæ non tam contrariæ inuicem sunt, quàm contradictoriæ, Ita non minor est inter condictionē certi & actionem incerti, quamuis diuersitas sit in nomine, quia nec oppositio vlla est inter nomina condictionis & actionis, sed quædam potius cōueniensia qualis est inter genus & speciem. Actio enim nomen generis est, Condictio autem nomen speciei, si cum actione non cum ipsis speciebus condictionis conferatur. Idem probat etiam quod Vlpianus *in d. l hoc senatusconsultum 5. §. 1. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* postquàm scripsit quod suprà iam à nobis explicatum est, Si cōstante adhuc vsufructu velit quis omissam cautionem condicere quæ pro vsufructu pecuniæ dari debuerat, posse illam condici condictionē incerti, subiungit, sed finito vsufructu, ipsam quantitatem posse condici, Eámque Sabini sententiam, nec inargutām fuisse. Sed qua actione quantitas ipsa condiceretur? Haud dubiè condictione certi. Quidni enim? cùm ponamus agi de pecunia numerata, eáque certa *dict. l. 1. De condict. tritic.* At neque Sabinus hoc addidit, neque Celsus qui Sabini sententiam probauit, cùm id tam aperti iuris esset, vt non nisi insulsè potuerit ab iis moneri in ea re, in qua argutos se ostentabant. Satísque visum fuit opponere priorem casum in quo de omissæ cautionis condictione agebatur, posteriori de quantitate ipsa condicenda, vt constaret tam aperto iure condictionem certi posteriore casu competere, quàm incerti condictionem priore. Nec tamen tot legibus & rationibus adhuc vinci Bartolus potest, quin contendat & concludat *in dict. l. sed et si 22. §. 1. de condict. indeb. num. 6. & in dict. l. certi condictio num. 25.* Posse condictionem certi sic exerceri vt petat actor in libello condemnari reum in id quod interest, quia, inquit, valet & procedit talis

talis libellus, propterea quòd licèt talis conclusio sit incerta [nec enim hoc negare potest quod vel cæcus videret,] Sufficit tamē vt possit certificari posteà & declarari per sententiam & subtilitatem iudicis, vt loquitur Iustin. *in l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest profer.* Et quia videt supradictas leges omnes repugnare, quæ cùm tractant de petendo eo quod interest, incerti actionem dant, & condictionem. Respondet subtiliter si Diis placet, sic intelligi eas debere vt de sola certi condictione loquantur, quæ detur ad interesse quod ab initio est incertum, Ita vt adiectio illa *incerti* significatiua sit non iuris & actionis quæ in iure consistit, sed facti & rei quæ in actionē deducitur. Quomodo & illud quod tam apertè scriptū est ab Vlpiano *in l. 1. De condict. tritic.* Eum qui certam pecuniam numeratam petit, vti debere illa actione *si certum petetur*, sic ille eludit ad Rubr. *De reb. cred.* vt dicat supradictis Vlpiani verbis non actionis nomen sed factum seu contractum denotari: Nempe quia non vult admittere actionem Si certum petetur esse condictionem certi, contendens esse quid diuersum, & tres esse partes *Tit. De reb. cred. Si cert. pet. & De cert. condict.* In quo euidenter fallitur. Non minùs quàm si diceret actionem De metu diuersam esse ab illa de qua agitur *in Tit. quod met. caus.* Quemadmodum enim actionem Quod metus causa dixerunt Iureconsulti sumpto actionis nomine à primis verbis edicti, pro actione quam dedit Prætor De eo quod metus causa, prout Codicis titulus conceptus est, Ita & actionē Si certum petetur ex primis edicti verbis quo proposita certi condictio est, pro ipsa certi condictione dixerunt. Credibile enim est edicti verba sic concepta fuisse, *Si certum petetur ex quacunque causa & ex quacunque obligatione & ex omni contractu siue certo, siue incerto, actionem dabo.* Id enim videtur innuere Vlpianus *in d. l. certi condictio*, Nisi quis malit, quod nec improbabile est paucioribus verbis contentum Prætorem illa solùm generalia expressisse *si certum petetur*, cætera verò omnia quæ nos addidimus, reliquisse prudentum interpretationi, quam generalitas verborum edicti admittebat. Quanquam video ipsis etiam prudentibus fuisse familiarius vt dicerent condictionē certi, quàm vt actionem *si certum petetur*, Ideò fortasse quòd & breuius nomen sit, & aptius ad actionem ipsam significandam & exprimendā, quæ supradictis verbis innuitur magis quàm exprimitur. Cæterùm siue de actione illa *si certum petetur* siue de incerti condictione tractemus, inepta planè est Bartoli ea interpretatio vt vtroq; casu actionē *si certum petetur* aut condictionē incerti cùm dixerunt Iureconsulti factum potius quàm ius & nomen actionis denotare voluerint. Nā nec latini sermonis ratio hoc ferre potest vt qui solum factū & materiam non nomen actionis denotare volet, dicat *cōdicere certi vel incerti* aut *agere incerti* vt scriptū est *in d. l. vlt. D. si quis in ius vocat. non ier. l. 5. §. 1. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. d. l. sed et si §. 1. & d. l. qui except. onem §. si pars D. de condict. indeb.* Dicendū enim esset *condicere certū* vel *incertum* quia suppleri eo casu non deberet nomen actionis quod supplet quisquis sic loquitur, *condicere certi vel incerti*, quoniam sūnt illa nomina actionū: Quid quòd ipsum etiam nomē actionis addunt plerūq; Iureconsulti, ne quis huic dubitationi locus relinquatur vt *in d. l. tribus 8. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* in illis verbis *incertique cū eo agendum*, & paullò pòst, *neq; actione incerti quia coheredi satisdedit*: Itémque *in d. l. ob eam causam 9. l. insulam 6.* & *in dict. l. permisisti 16. L. de præscr. verb. l. iuris gentium 7. §. 1. D. de pact. l. diem proferre 27. §. vlt. D. de recept. qui arbitr. recep.* Etsi quid referre obsecro potest virū certi condictionē dicamus, an actionem, Cùm condictio nihil nisi actio sit? Quid quod tantum abest vt certi

S

condictio dari possit ad id quod interest, Vt è contrario accidat aliquando vt incerti actione ciuili agendum sit, hoc est præscriptis verbis etiamsi pecunia petatur? Vt in eleganti specie illa quam Papinianus tractat *in l. si dominus 8. De præscr. verb.* Nisi fortè quis putabit retorqueri posse hoc argumentum pro Bartolo, vt contrariorum eadem ratio sit, nec absurdius videri debeat dari condictionem certi ad id quod interest, quamuis incertum vt vult Bart. quàm condictionem incerti ad pecuniam numeratam certam vt in illa specie Papinianus respondisse videtur. At quia vtrumque perinde absurdum & à iuris nostri ratione alienum est, illius verò legis species perelegans, & ratio subobscura textus quoque, ni fallor, corruptus, de ipsius sententia dicamus aliquid, mox inchoatam cum Bartolo pugnam feliciter si Deus volet peracturi.

ERROR QVINTVS.

De sententia l. si dominus 8. D. de præscr. verb. & l. pen. D. de condict. caus. dat.

CVM seruus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quæstionem, id est vt de eo quæstio haberetur, ad veritatem facti eruendam, vtrum ab eo furtum factum esset necne, aut etiam ad socios indicandos, vt *in l. vltim. D. ad exhib.* Dedisti autem sub ea quidem causa, id est ob eam solam causam vt de illo quæstio haberetur, Sed tamen prætereà sub ea lege & pacto vt si id in eo repertum non esset, redderetur tibi. Erat enim hæc vulgaris conuentio, & cautio quæ in eiusmodi casu adhiberi solebat, vt constat ex Pomponio qui hanc ipsam speciem tractat *in l. penultim. D. de condict. caus. dat.* Potest autem fieri vt dederis æstimatum, Ne si fortè vi tormentorum aut moreretur, aut debilitaretur, de ipsius precio disputandum haberes? & ita fieri olim solebat interposita stipulatione *l. certo precio 13. D. de quæst.* Potest etiam fieri vt dederis non æstimatum, quòd eum tibi omnimodo reddi velles, si non reus furti probaretur. De non æstimato tractat Pomponius *in dict. l. penultim.* De æstimato Papinianus *in l. si dominus 8. D. de præscript. verb.* Æstimatio solet quidem facere emptionem & venditionem *l. plerumque 10. §. si ante in fin. & §. seq. l. quoties 16. D. de iur. dot. l. 1. §. vltim. D. de æstim. act.* Sed non semper. Quid enim si conuenerit, vt res æstimatæ eæ ipsæ reddantur habita ratione augmenti & diminutionis, vt *in l. æstimatis 50. D. solut. matr.* Placet non minùs esse illas reddendas quàm si æstimatio nulla interuenisset *dict. l. æstimatis.* Cùm hoc casu in placitis specierum reddendarum ideò preciorum nomen annexum videatur ne si species aliqua deminuta fuisset, aut perdita, alio precio quàm quo taxata fuerat, reposceretur, vt eleganter Imperatores explicant *in l. si inter 21. Cod. de iur. dot.* Denique non tam venditio in hac specie contrahitur, quàm summa declaratur, vt loquitur Papinianus *in l. cùm post 69. §. cùm res in dotem D. eod.* Ergo tùm quoque cùm seruum tuum de furto suspectum quæstionis habendæ gratia tradidisti Attio æstimatum, Distinctio eadem adhiberi potest, & adhibenda est quæ adhiberetur si non æstimatum tradidisses, An scilicet hominem Attij feceris, an tuum remanere volueris, quamuis Accursius noster cõtrà sentiat, qui Pomponium aliud responsurum fuisse putat, & actioné præscriptis verbis cum Papin. daturum, Si seruus in ea specie fuisset traditus æstimatus.

Priorec

Digitized by Google

Priore casu si non tibi reddatur secundum formam interpositæ conuentionis, poteris cum Attio agere dari eum tibi oportere, adeóque tametsi vel in tormentis mortuus sit, vel præfecto vigilum traditus qui eum quamuis innocentem nec deprehensum furti reum summo supplicio adfecerit, vt *in d.l.penult.* quia & ante mortem dari eum tibi oportuerat, quemadmodum ibidem Pomponius ratiocinatur. Posteriore verò furti cum Attio agere poteris, quia verum est eum re tua ita vsum esse vt sciret se inuito domino vti, aut dominum si sciret, prohibiturum esse. Sed & ad exhibendum actio tibi competet, vt exhibitum seruum si adhuc viuit, vindicare possis, quia tuus mansit, Aut vt quanti tua intersit consequaris, si seruus perierit dolo malo Attij per quem factum sit ne exhiberi nunc possit. Atque ita in seruo non æstimato concludit Pomponius ex Proculi sententia *in d.l.pen.* contra Labeonem, qui eo quoque casu quo condicere seruum posses, & intendere dari tibi oportere, id est quo seruum Attij fecisses, dabat etiam tibi actionem ad exhibendum quoniam fecisset Attius, quominùs exhiberet. Quasi actio ad exhibendum quæ vindicationis præparatoria est possit cum condictione concurrere: quod vtriq; non magis fieri potest quàm vt vindicatio ipsa cum condictione concurrat nisi contra furem *§. sic itaque Inst. de actio. l. vlt. D. vsuf. quem. caueat.* Dices fortasse pro tuenda Labeonis opinione, malam esse Proculi reprehensionē, cùm vel ipso fatente Proculo Attius in hoc casu fur sit, & furtum fecerit, qui rem tuam te inuito contrectauit. Mirum igitur non esse vt & cōdictione, & vindicatione, & actione ad exhibēdū tibi teneatur illo etiam casu quo seruum eius feceris. Sed obseruandum est, Proculū & Labeonē cùm de danda tibi condictione locuti sunt, id est ea actione per quā intendas dari tibi seruum oportere, non de condictione furtiua sensisse quæ soli domino competit *l.1. D. de condict. furt.* sed de cōdictione ob causam dati, quæ domino numquam cōpetit, sed ei soli qui rem suam dando, id est dominium eius transferendo [est enim hoc demùm *dare* dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. De verb. oblig.*] hoc ipso dominus esse desiit. Ideò enim dicebat Proculus ita demum permittendum tibi esse seruum condicere & intēdere dari tibi oportere, si hominem Attij fecisses: quo tamen casu non poterat Attius rei suæ furtum facere, nec eo nomine aut actione furti aut condictione furtiua conueniri. Porrò quo casu furtiua cōdictio idcirco non competit quòd actor dominus non sit, certum est nec vindicationem posse competere, nec actionem ad exhibendum quæ vindicationis præparatoria est & propter vindicationes potissimùm introducta *l.1. D. ad exhib.* quoniam eadem hac parte vindicationis & condictionis furtiuæ causa atque origo est, Nisi quòd vindicatio sola dominij probatione contenta est ex parte actoris, & probatione possessionis ex parte illius qui conuenitur: Cōdictio autem furtiua præter dominij probationem ex parte actoris etiam furti probationem ex parte rei exigit, cùm nō cōpetat nisi contra furem vel furis heredē *l. ex furtiua 5. D. de condict. furt.* à quo autem res furtiua possideatur, non curat *§. vlt. Inst. de oblig. qua ex malef. nasc.* In proposita igitur specie, cùm hominem, qui tuus erat Attij feceris, neque condictionē furtiuā aduersus eum habere potes, neq; vindicationē, neq; ad exhibēdū actionē: quia neq; tu dominus es, neq; fur ille. Sed si seruū tuū sic Attio tradideris vt tamē tuus manserit, hoc demū casu actiones tibi omnes istæ cōpetent, id est nō minùs cōdictio furtiua quàm cæteræ, vt & *in l. si gratuitā 17. §. Papinianus, aliàs l. si tē tibi De præscr. verb.* Sed non competet condictio ob causam dati, quæ cum furtiuā condictione nō magis concurrere vnquam potest, quàm cū vindi-

Digitized by Google

catione. Et ita locus ille Pomponij explicandus est, ac prætereà in eo obseruandum quod præfectus vigilum cui lex ponit traditum fuisse seruum ad habēdam de eo quæstionem, quamuis imperium merum nō haberet neq; gladij potestatem, vltimo illum supplicio adfecit, & quidem per iniuriam nō quòd ad ipsum eius rei cognitio & iurisdictio non pertineret [pertinebat enim vt constat ex *l. interdū 56. §. qui furem D. de furt.*] sed quia nec habita esset quæstio de seruo, nec de illo compertum quicquam, quòd vel reus vel conscius furti fuisset. Proinde non valde refert an dicamus fuisse hunc seruum adfectū summo supplicio quasi deprehensum in furto, an quasi in alio facinore, quamuis Græci quos Cuiacius sequitur, ista distinguant. Adeò nimirum serui apud Romanos pro nullis habebantur, vt magistratus quilibet iniuriam iis facere necémque inferre posset, salua domino actione iniuriarum. [Nec enim vlla impunè vnquam à magistratu fit iniuria *l. nec magistratibus 32. D. de iniur.*] Nam & priuato qui idem fecisset non alia pœna irrogabatur, quàm vt lege Aquilia teneretur, perinde acsi alienā quadrupedem occidisset *l. 2. D. ad leg. Aquil.* Quod ab Accursio nostro aliisq; interpretibus non satis obseruatum fuit, qui vltimum supplicium de quo Pompon. loquitur, capitis supplicium interpretatur. Esset enim bona interpretatio in homine libero qui caput in ciuitate habet *l. capitalium 28. & l. seq. D. de pœn.* sed non est bona in seruo qui nec caput nec existimationem habet *l. 3. §. vlt. & seq. D. de capit. minut. l. quod attinet 32. de regul. iur.* Atque hæc quidem in seruo non æstimato ita tractat Pomponius *in d. l. penult.* quasi nulla domino alia competat actio, quàm ob causam dati si seruus quem ita tradidit vt tamen accipientem non fecerit dominum, ei nō reddatur. At Papinianus *in d. l. si dominus,* eandem tractans speciem, nisi quòd ponit seruum traditum fuisse æstimatum, dat ciuilem præscriptis verbis incerti actionem domino contra eum, qui seruum quem reddere debuerat non reddit. Hoc enim est quod ille sibi vult iis verbis *ciuiliter agi posse,* vt idem ipse explicat cùm ad aliam quæstionem in posteriore legis parte propositam respondens, ita scribit *præscriptis verbis incerti & hîc agi posse.* Actio autem præscriptis verbis incerti non condictio est per quam intendat actor rem sibi dari oportere, quæ sit certa, Sed alia species actionis, per quam nòn ad aliud agitur, quàm ad id quod interest, ob idque incerti appellatur *l. naturalis 5. §. 1.* iis verbis *in qua actione id veniet, non vt reddas quod acceperis De præscr. verb.* Etsi autem de condictione ob causam dati vel concedenda, vel deneganda nihil Papinianus addit, hoc ipso tamen, quo dat actionem incerti præscriptis verbis, excludere videri possit condictionem ob causam dati, quæ sicut non nisi certi condictio esse potest, ita cum actione incerti non videtur posse concurrere *l. 1. §. vltim. D. de rer. permut. l. quoniam 5. Cod. eod. l. si tibi 7. l. si gratuitam 17. §. Papinianus* aliàs *l. si rem tibi De præscr. verb. l. vltim. D. de condict. caus. dat.* Sed non ita est: Nam imò verò potest eodem casu & actio præscriptis verbis & condictio ob rem dati re non secuta locum habere licèt non ad idē sed ad diuersa *d. l. naturalis §. 1. l. cùm precibus 4. & seq. l. emptionem 7. C. de rer. permut.* In quo tamen notandum est, Longè esse hæc differētia, Tradi quid certa lege, & Tradi sub certa causa vel quod idem est, ob certam causam. Quicquid traditur ob certam causam, traditur etiam certa lege, Sed non è contrario quicquid certa lege traditur, etiam traditur ob certā causam. Rebus certa lege traditis si huic non pareatur, Præscriptis verbis incerti ciuilem dandam actionem iuris authoritas demonstrat. Inquit *l. rebus 6. C. de rer. permut.* vbi lego *incerti* nō *incertā*. Nec.n. præscriptis verbis actio quāuis incerti sit, incerta tamē esse pōt,

vt nec

vt nec alia vlla actio quæ in iudicium deducatur. Quomodo enim posset dari certa formula & sequi certa cōdemnatio ex incerta actione? Potest quidem incerta esse actionis materia, vt cùm incertam stipulationem dicimus, quæ interposita est de re incerta *l. stipulationum* 74. *De verb. oblig.* & *Instit. eod. tit. in princ.* Sed non potest actio esse incerta, ne tùm quidem cùm est incerti, Ob idque necessariò comparanda fuit actio Præscriptis verbis, vt tutiùs agi posset, nec cogeretur actor incertam actionem proponere, id est quæ an competeret necne, incertum esset *d. l. si gratuitam in princip. & l. Titius* 24. & *pass. De præscr. verbor.* Actio namque nomen iuris est, Ius autem certum semper est & finitum *l. 2. D. de iur. & fact. ignor.* Dicitur verò incerti quoties datur ad id quod interest, qualis ea est quæ nascitur ex contractu Do vt des, de qua Paulus *in l. naturalis* 5 §. 1. *De præscr. verb.* At rebus ob certam causam traditis quæ secuta non sit, nulla inde obligatio alia nasci potest, quàm ob rem dati re non secuta *d. l. pen. & vltim. De condict. caus. dat. l. emptionem* 7. *in fin. Cod. de rer. permut.* Licèt ea obligatio possit parere non tantùm condictionem ob causam dati, sed etiam ciuilem actionem præscriptis verbis ad id quod interest, vt euenit in contractu Do vt des *d. l. naturalis* §. 1. Nempe quia in eo contractu non tantùm ob causam datur, sed etiam certa lege, quæ res & obligationem & actionem ciuilem inducit. In traditione quæ fit ex permutationis placito præcedente, aliud est. Fit enim illa traditio ob causam tantùm, non etiam certa lege, & ideò ex eiusmodi placito permutationis secuta traditione ex vna parte nascitur quidem actio præscriptis verbis, & ipsa bonæ fidei *§. actionum. Instit. de action.* quia permutatio proximè accedit ad emptionē & vicem emptionis obtinet *l. 2. C. de rer. permut. l. 1. & 2. D. eod.* Sed non quæ incerti dici possit, quia nō datur ad id quod interest vt illa quæ ex contractu Do vt des, sed ad hoc tāùm vt vel placitis pareatur, vel quod datum fuerit restituatur *d. l. 1. §. vlt. l. cùm precibus* 4. *C. eod.* Ex quibus locis apparet, quod diximus Præscriptis verbis incerti ciuilē actionem posse cum condictione ob causam dati concurrere, Ita esse accipiēdum, nisi eo casu, quo præscriptis verbis actio in id datur vt quod ob causam datum est re non secuta restituatur. Tunc enim non admittit cōcursum illius cōdictionis ob causam dati: Non tam quòd frustra esset dare condictionem illam ei qui id ipsum consequi possit per actionē Præscriptis verbis, Maximè cùm actio præscriptis verbis detur ex negotio gesto: Condictio autem ex tacita obligatione quæ nascitur plerumque extra id quod expressim agitur, *l. is qui* 13. *in fin. D. commod.* Quàm quia multùm intersit an quod datū est, condicatur per condictionem ob causam dati, An verò per actionem Præscriptis verbis. Etenim per condictionē nihil nisi præcisa rei restitutio intenditur, nec ad aliud condemnari potest is qui ea actione conuenitur, quàm vt reddat quod ob causam accepit, quasi re non secuta. At per actionem præscriptis verbis duo semper intenduntur, Nimirum vt vel placitis pareatur promissáque seruentur, Vel quod ob causam datum fuit causa nō secuta restituatur, prout reus ipse elegerit si actio præscriptis verbis non sit incerti vt *in d. l. 1. in fi. & d. l. cùm precibus*, Nam si sit incerti, non datur præcisè nisi ad id quod interest, non autem ad repetitionem eius quod datum est, quamuis eo casu admittat concursum condictionis si malit actor id quod suum fuit condicere quàm incerti agere, vt *in d. l. quoniam & l. emptionem* 7. *eod. d. l. naturalis* §. 1. Sic namq; leges istæ quæ alioqui pugnantes videntur conciliandæ sunt. Hi enim posteriores loci sunt de actione Præscriptis verbis quæ nascitur ex contractu Do vt des, quæ cùm non sit bonæ fidei reum strictiùs obligat, vt semel

Digitized by Google

obligatus ad id quod intereſt actoris non poſſit effugere cõdemnationẽ etiam ſi placita implere poſteà velit, niſi actor deferat condicionem, quod Paulus ſignificat *in d. l. naturalis* §.1. iis verbis *vel ſi meum recipere velim* & Impp. *in d.l. quoniam* ibi *ſicut poſtulas & in d.l. emptionem*, in illo loco *pro deſiderio tuo*, Priores autem duæ leges ſunt de actione Præſcriptis verbis quæ oritur ex permutatione quæ ſicut bonæ fidei eſt *d. §. actionum*, ita faciliùs admittit purgationem moræ,& vt liberum ſit reo præſtare quod promiſit,quaſi non ſit ex bona fide vt agere vel incipiat vel perſeueret is,cui paratus ſit aduerſarius pręſtare quicquid promiſit. Vbi etiam obſeruãdum eſt,Omnẽ quidem incerti ciuilem actionem [quo nomine nunquam incerti cõdictio ſignificatur, licèt ipſa etiam ciuilis ſit] eſſe præſcriptis verbis, Sed non è conuerſo omnẽ præſcriptis verbis actionem eſſe incerti,Et rurſum, Actionem præſcriptis verbis incerti ſemper ſtrictã eſſe, nũquam bonæ fidei, vt nec aliam vllam niſi quæ ex permutatione datur vel ex æſtimatione quæ æſtimatoria appellatur *in l.1. & tit. De æſtim. act.*& de æſtimato *in d. §. actionum. Inſt. de action.* Et hæc iungenda ſunt iis quæ De contractu Do vt des ſcripſimus in libris Coniectur. quãquam de tota illa quæſtione ſcribendum aliàs nobis erit pluribus contra eos qui tam pertinaciter defendunt Contractum Do vt des à permutatione non differre.

ERROR SEXTVS.

De conciliatione Pomponij in l. pen. De condict. cauſ. dat. cum Papiniano in d.l. ſi dominus 8. De præſcr. verb.

ERGO vt ad Papinianum redeamus, An dicendum erit diſſenſiſſe illum à Proculo, Labeone & Pomponio in eo, quòd dederunt illi cõdictionem ob cauſam dati cauſa non ſecuta *in d. l. penult.* Papinianus autem actionem incerti pręſcriptis verbis *in d.l. ſi dominus*. Minimè verò. Alia enim ſpecies eſt quam illi tractant,alia quam Papinianus, Non tãtùm in eo, quòd illi de ſeruo non æſtimato, Papinianus de æſtimato [parum enim hoc refert,vt diximus, cùm æſtimatio non venditionis animo facta eſt] ſed in eo potiſſimùm,quòd ponunt illi ſeruum traditum habendæ quæſtionis cauſa factum fuiſſe accipientis, Alioqui non poſſet actor intendere dari eũ ſibi oportere quæ condictionũ omnium natura eſt, cùm dare nihil aliud ſit quàm dominiũ transferre *§. ſic itaque Inſt. de action. l. vbi autem 75. §. vl. De verb. oblig.* Papinianus autẽ ponit non fuiſſe factum accipientis, vt ex eo conſtat quod ait potuiſſe illum ab accipiente retineri ſi dominus pro eo pecuniam elegiſſet. Non enim poſſet dominus non eligere pecuniã ſi venditionis contrahendę gratia,& animo trãſferendi dominij ſeruum æſtimatum dediſſet *d.l. plerumque* 10. *§. ſi ante & ſeq. & l. quoties* 16. *D. de iur. dot.* præſertim cùm non poneretur expreſſim conuentum vt ſeruus redderetur,quomodo in ſpecie *d.l. penult.* Quare & tota ea lege Papinianus dominum vocat eum qui tradidit ſeruum & pecuniam accepit, nec tam datum ſeruum fuiſſe quàm traditum ſignificat iis verbis *qui traditum accepit.* Mirum igitur non eſt, non dari à Papiniano condictionem ob cauſam dati in ea ſpecie in qua dominium tranſlatum non fuerat,& in qua prætereà proponebatur cauſa ſecuta ob quam traditus erat ſeruus. Ideò enim traditus fuerat vt de eo quæſtio haberetur. Quæſtio autẽ de ipſo habita,nec tamen quicquam compertũ fuerat vt lex ait:quod apud Põponiũ diuerſum eſt, vbi quãuis traditus eſſet ſeruus in quæſtionẽ & ſub ea cauſa, id eſt, ob vnã illam cauſam vt quæſtioni dedere-

dedere-

Digitized by Google

dederetur, Addito insuper eo pacto vt si crimē in eo cōpertū nō fuisset, redderetur, Non tamē quæstioni traditus fuerat, sed Præfecto vigilū, quasi in facinore deprehēsus, & subinde ab eo adfectus summo supplicio, nulla priùs de eo habita quæstione. Quæ res inducebat proculdubio condictionem ob causam dati causa nō secuta, cōcurrente vtroq; vt & dominium serui translatum esset in accipientem sub ea causa vt quęstioni subiiceretur, & causa illa secuta non fuisset: Cùm tamē in Papiniani specie non tam datus, quàm traditus esset seruus, causa verò propter quam traditus erat, secuta esset, habita de illo quæstione. Cessante igitur cōdictione ob causam dati propter duplicē hanc rationē, cōsequens erat vt vel nullā actionem in hac specie domino competere Papinianus diceret, vel incerti actionē præscriptis verbis in eam rē daret. Quid igitur si dominus apud Papinianū serui dominiū in accipientem transtulisset? An eo magis nō reddito seruo aut condictionē dedisset ei qui dominus esse desierat, aut actionē incerti præscriptis verbis ei denegasset? Et quidem condictionē ob causam dati causa non secuta, illud semper impediret, quod ponit Papinianus, vt iam diximus secutā fuisse causam, & habitā de seruo quæstionē. Non enim ea fuerat causa tradendi serui vt redderetur, sed vt de eo haberetur quæstio. Quod autem siue expressè, siue tacitè conuenerat vt redderetur, lex erat traditioni dicta, & quæ nō impleta dubitationi locum facit, Qua demum actione consuli oporteat ei cui seruus reddi debuit. Atque ita legendus & interpungendus est Pōponius *in d.l. pen.* vt vnico cōtextu scripta sint ea verba *dedisti eum in quæstionem sub ea causa:* & subiecto commate, sequatur *vt si id repertum in eo non esset, redderetur:* quibus verbis non causa dationis sed pactum dationi adiectum significetur. Nihil enim commune habet causa cū pacto, Nec nisi stultè possit quis id quod lex ait *sub ea causa* sic interpretari, acsi scriptum esset *sub eo pacto.* Porrò nomen ipsum condictionis quam dicimus ob causam dati causa non secuta, ostendit satis non posse illam competere quoties causa propter quam datū aliquid est, secuta fuit. Aliam igitur actionem dari necesse est, si lex traditioni dicta non impleatur, vt actoris indemnitati satisfiat. Quam verò aliam, nisi Præscriptis verbis? Nam & ipsa competeret ex contractu Do vt des, vt diximus ex *dict. l. naturalis §. 1. de præscr. verb.* Nec tamē puto, vt ad posteriorem suprà propositam dubitationem respondeam, idem fuisse responsurum Papinianum & actionē præscriptis verbis daturum domino serui, ad hoc vt sibi redderetur, si serui dominium in accipientē translatum fuisset. Etsi enim verum est, Ex contractu Do vt des nasci actionem præscriptis verbis ciuilem ad id quod interest, *d. l. naturalis §. 1.* Id tamen in proposita specie non videtur dici posse in qua tractamus de contractu non tam Do vt des, quàm Do vt reddas, Non quòd hæc contractus species sub illo veluti suo genere non comprehendatur, siquidem Reddēdi verbum etiam dandi habet significationem *l. verbum reddēdi 94 de verb. sign. l. heres meus 100. de leg. 3.* & rectè intēdimus dari nobis debere quod reddi nobis debeat si dominiū à nobis abscesserit *d. l. pen.* Sed quia actio illa Præscriptis verbis incerti ad id quod interest quæ nascitur ex contractu Do vt des duplicē tantùm habet intētionē, Vt vel præstetur id de quo dādo cōuenit, vel id quod interest ob nō datā eā rē quę dari vicissim debuit. Ad hoc verò vt reddatur idipsū quod datū est, nūquā cōpetit, sufficiēte scilicet in eā rē cōdictione, si id actor elegerit *d. l. naturalis §. 1. d. l. quoniā 5. & l. emptionē 7. l. vlt. C. de rer. perm.* Cui porrò distinctioni locus nullus esse pōt, cùm agitur ex cōtractu Do vt reddas, quoniā idipsū quod eo casu implēdū, & præstādū est, nihil aliud est quàm vt res data reddatur, Quod vt fiat,

sufficit condictio ob rem dati re non secuta, neq; vlla ciuilis alia actio necessaria est. Ideoq; benè Proculus, Labeo & Pōponius dederūt hoc casu condictionē ob causam dati causa nō secuta, nec mentionē vllam addiderūt actionis Præscriptis verbis, quā vtiq; non prætermisissent si eam cōpetere putassent. Ex quo intelligimus, quid respondendū sit si quis quærat, Cur ergo in Papiniani specie detur ciuilis actio incerti præscriptis verbis ad id quod interest. Nēpe quia cōdictio eo casu cōpetere nulla potest, nō translato dominio ab eo qui tradidit in accipientē. Nec æquum tamē est decipi eum qui rē suam certa lege tradidit, nec aliter fuit traditurus: Quomodo deciperetur si nullā eo nomine actionē haberet, Dandáq; potiùs ei esset actio de dolo aliis omnibus deficientibus vt in specie *d.l.naturalis §. quòd si faciam*, Nisi actionē ciuilē illud induceret quod quoties dominus rē suam tradit certa lege, non nudū pactū est, sed cōtrahitur haud dubiè *συνάλλαγμα*, ex quo fieri nequit vt ciuilis obligatio & actio non oriatur *d.l.iuris gentium 7.§.1.D.de pact.* Tantò magis autē in casu proposito, quod cùm serui traditi dominiū non fuit translatū in accipientē, quem casum à Papiniano tractari docuimus, Promissio serui reddendi nihil nisi nudi facti promissio est, Tradendi scilicet & restituendi serui, Quo nō secuto succedit necessariò præstatio eius quod interest, quod ipsum, vt constanter defendimus, ciuili actione incerti semper petendū est, quia semper incertū est: nūquam condictione certi, quia nūquam certū est. At difficilior illa dubitatio est quæ semper manere videtur, Cur non ergo in specie Pōponij cōpetat actio incerti ciuilis præscriptis verbis, cùm negari non possit quin negotiū ibi gestum sit & quidē illud ipsum quod in specie Papiniani, Nisi quòd apud Pōponium hoc amplius est, quod pactū expressum interuenerat vt si habita de seruo quæstione nihil de eo cōpertū esset, is redderetur. Quæ.n. hucusque attulimus eò tantùm pertinent, vt sciamus cur condictionē ob causam dati non dederit Papinianus quam dabat Pōponius, Aut cur actionē incerti ciuilē Papinianus dederit, sed non vt sciamus cur non hanc æquè Pōponius. An quia tractat Pōponius de seruo tradito non æstimato? vt Accursius ait. Sed iam ostendimus nihil hîc facere æstimationē nisi cùm animo cōtrahendæ venditionis & transferendi dominij facta est, Quo casu inducere quidē faciliùs posset condictionē ob causam & rē dati, sed non incerti ciuilē actionē præscriptis verbis de qua sola nunc disputamus. Verùm huic quoque dubitationi iam nos satisfecimus, cùm diximus Ex contractu Do vt reddas nō posse nasci actionē Præscriptis verbis ad implendū placitū, id est ad hoc vt res data reddatur, quia sufficere possit in eam rē condictio, Cùm etiam ex cōtractu Do vt des nūquam detur actio incerti præscriptis verbis ad hoc vt quod datū est reddatur *d.l.naturalis §.1.* Quam tamen actionem dari necesse est cùm serui dominium, vt apud Papinianū, in accipientē translatum non est, quia condictio habere locum eo casu non potest. Replicabis hunc quoq; casum à Pomponio & Proculo tractatū fuisse in posteriore parte *d.l.pen.* nec tamē dedisse illos domino, qui māserit dominus, actionem Præscriptis verbis incerti ad id quod interest, sed actionē furti & ad exhibendū. Sēper igitur illud verū manere, dissensisse Papinianū à cæteris. Possem respondere, obiectionē non vrgere, quæ facta sit à negatione. Non enim consequens esse vt quia nihil Labeo, Proculus, & Pomponius dixerunt de actione Præscriptis verbis domino danda, dari eam debere non putauerint, Alioqui perinde posses inferre, Nec putasse illos competere in ea specie furtiuam condictionem, de qua tamen dubitare nemo potest, quin competat aduersus furem, qui & furti actione conueniatur, vt & in specie *l. si*

gratui-

Digitized by Google

gratuitam 17. *§. Papinianus* aliàs *l. si rem tibi D. de præscr. verb.* Sed malo respondere, Nullam ideò mentionem illos fecisse actionis Præscriptis verbis, quia cõpetere in illa specie non possit, propterea quòd seruus qui reddendus erat, iam tum mortuus & summo supplicio adfectus proponebatur, Vt proinde ampliùs agi non posset ad implendum placitum, id est vt idem ille seruus redderetur, qui tamen primus ac præcipuus finis est actionis Præscriptis verbis *d. l. cùm precibus, & l. seq. l. vlt. C. de rer. permut.* ita vt non aliter possit ex ea sequi condemnatio ad id quod interest quàm si priùs ad hoc actum sit, vt placito pareatur, *d. l. ob eam causam* 9. *D. de præscr. verb.* At apud Papinianum, cùm adhuc seruus viueret, agi poterat ciuiliter vt redderetur, aut si eum reddere reus nollet, ad id quod agentis interesset, condẽnaretur: sicut *in d. l. ob eam causam.* Addamus, quod postremum nec minùs notandum erit, Non potuisse apud Pomponium in posteriore legis specie tractari de actione Præscriptis verbis, cùm aliæ actiones competerent, furti scilicet & Ad exhibendum vt lex ait, quibus possis etiam addere condictionem, vt diximus furtiuam. Eadem illa ratione propter quam dabat Proculus actionem furti quod is qui seruum acceperat ita esset vsus re aliena, vt sciret se inuito domino vti aut dominum si sciret prohibiturum esse. Nec enim aliter agi potest præscriptis verbis, quàm si aliæ actiones omnes deficiant, nullàq; vulgaris, vsitata & nominata actio cõpetat *l. 1. 2. 3. & 4. & pass. De præscr. verb.* Et quod ad rem nostram propiùs accedit, Præscriptis verbis agi non posse quoties furti, & condictione furtiua & ad exhibendum agi potest, docet nõ obscurè Papinianus quem Vlpianus refert probátque *in d. l. si gratuitam* 17. *§. Papinianus*, aliàs *l. si rem tibi eod. tit.* vbi ait Si rem tibi inspiciendam dedi, & tu dicas te perdidisse ita demùm præscriptis verbis actionem mihi competere si ignorem vbi sit, Nam si mihi liqueat apud te esse, possum, inquit, furti agere vel ad exhibendum vel condicere, condictione scilicet furtiua, quamuis actiones illæ omnes non tam ex negotio gesto, quàm ex furto dolóque tuo nascantur. Non addit, Non etiam præscriptis verbis quia nec addendum fuit, quod satis apertè ex illo sequebatur. Secundum quam distinctionem vtique accipiendum est, quod de furti actione hoc casu danda ex eodem Papiniano generalius scriptum est *in l. rem inspiciendam* 78. *D. de furt.* Nisi quòd vt furti actio competat, illud quoque omnino requiritur quod eo loco addit Papinianus vt periculum spectet ad eum, qui rem inspiciendam dedit. Alioqui non potest quicquam videri eius interesse. At in specie *d. l. si dominus*, in qua Papinianus dat domino ciuilem actionem Præscriptis verbis, nec furti agere poterat dominus nec condictione furtiua, nec ad exhibendum, quia non fuerat vsus re aliena inuito domino cùm eum seruum quem habendæ quæstionis gratia à domino ipso acceperat quæstioni tantùm subiecisset, nec in eo aliquid contra domini voluntatem fecisset. Quid? An non saltem hodie furtum facit & re aliena inuito domino vtitur, qui seruum quem ex pacto reddere debuerat, non reddit? Verùm facilè fieri potest vt nec si velit, possit tamen reddere, nec eo magis sit in dolo, Non solùm eo casu quo seruus vel in tormentis perierit, vel de seipso confessus ab eo retineri impunè potuerit qui eum quæstioni subiecit, [nec enim hos casus tractat Papinianus cùm dat domino ciuilem præscriptis verbis actionem, non magis quàm illum quo dominus pecuniam elegerit, de quibus sequenti capite dicemus] Sed etiam si fortè post habitam quæstionem per magistratus incuriam aliterve sine dolo malo promissoris effugerit. Quo casu sicut dici non potest furti actione aut ad exhibendum aut furtiua condictione teneri reum debere,

Ita nec de illo dubitari, quin conueniri possit ciuili actione Præscriptis verbis, vt actoris indemnitati consulatur.

ERROR SEPTIMVS.

De emendatione d.l.si dominus 8. D. de præscript. verb.

PERGAMVS iam ad reliquam Papinianeæ legis nostræ interpretatioñ & emendationem. Supersunt enim multa satis obscura, & aliter quàm ab interpretibus factum sit, explicanda. Papinianus postquàm ad quæstionem initio legis propositam respondit, Si dominus seruum, cùm furti argueretur quæstionis habendæ gratia æstimandum dedisset, neque de eo compertum quicquam fuisset, & is non redderetur, eo nomine ciuiliter agi posse, id est, vt interpretati sumus ciuili actione incerti præscriptis, Subiungit, Aliquo tamen casu potuisse contingere vt qui traditum seruum acceperat eum retineret, neque ad ipsius restitutionem actione vlla vrgeri posset. Nēpe si vel dominus pro eo pecuniam elegisset, siue in admisso facinore furtóque ipso deprehensus seruus fuisset. Tunc enim, inquit, hoc est posteriore casu etiam datā æstimationem reddi à domino oporteret. Duo igitur sunt casus in quibus hic seruus, etiam de quo reddendo siue expressè siue tacitè conuenerit, impunè retineri potest. Et quidem optima in vtroque casu ratione. Nā cùm dominus pecuniam pro seruo eligit, hoc ipso satis voluntatem suam declarat, quòd dando seruum æstimatum voluerit æstimationem, quamuis non ab initio factam venditionis causa, ex postfacto tamen euadere in venditionem. Cùm alioqui euenire necesse esset vt nullo iure pecuniam eligeret pro seruo, cuius dominium sibi adhuc retinere vellet. Vtrũque enim habere non potest, ne tùm quidem cùm æstimatio venditionem ab initio non fecit *l.si inter 21.C.de iur.dot.* Cùm verò seruus in admisso deprehensus fuit, nulla ratio est, vt is, qui quæstionis habendæ gratia traditum sibi seruum acceperat, cogatur eum reddere, Siue quòd etiamsi nihil de eo in tradendo seruo dictum proponatur, id tamen inter contrahentes tacitè actum videri debeat vt in eum casum nō redderetur, Præsertim cùm vulgaris conuentio in contrarium casum cōcipi soleret, vt redderetur seruus si nihil in eo compertum esset, quemadmodum in specie *l.penult. D.de condict. caus. dat.* quibus verbis credēdũ est cōcipi solitā fuisse stipulationē quam eo casu interponi moris erat, vt Modestinus refert *in l.certo precio 13. D.de quæst.* Siue quòd cùm seruus furti reus cōpertus est per habitā de ipso quæstionē, possit dominus eo nomine furti actione noxali cōueniri, per quā cogatur aut litis, damniq; æstimationē præstare aut seruũ pro noxa dedere. Cũ nō enim videatur æquũ dari retētionē ei qui furtũ passus est, qui si seruũ nō teneret, vltrò agere ex ea causa posset? Nimirũ si non mallet dominus damnũ decidere & seruum recuperare. Nec enim hoc ei denegare quisquam possit, cùm nec ipsa noxæ deditio in petitione sit, sed tãtùm in præstatione *l.miles 6.§.1.D.de re iudic.& tot.tit. De noxal. action.* Adcò autē verũ est posse seruũ, quē furti consciũ esse habita de ipso quæstio probauit, ab eo cui traditus fuerit retineri, vt & pecuniā, quam pro eo prorogatā dominus accepit cùm traderet illũ æstimatũ, reddere dominus debeat ei qui dedit, Cuius sc. retinēdæ causam nullā iustā habere potest, quia neq; ex parte alterius qui dedit, causa vlla fuit dandæ. Cùm per noxalē furti actionē potuerat is qui dedit adigere dominũ vt vel integrā plenāq; furti æstimationē præstaret,

vel

vel seruū pro noxa dederet. Tātū abest vt ad pecuniā pro seruo dādam ipse adigi vllo iure potuerit. Cùm verò ita Papinianus scribat, *tunc enim & datam æstimationem reddi à domino oportere*, intelligimus eā speciē à Papiniano tractari in qua is cui seruus traditus fuerat æstimatus, pecuniā æstimationis eo nomine prorogauerat & in antecessum dederat. Alioqui nō posset quæri de reddenda per dominū pecunia quæ promissa tātùm ipsi fuisset, nō etiā soluta. Et verò cùm ex sequentibus Papiniani verbis appareat nullam in illa specie interpositam fuisse de reddēdo seruo stipulationē, quę solebat interponi *d.l. certo precio*, Credibile est nō adeò incautū fuisse dominū, vt nec pecuniā sibi prorogari vellet, in qua vtiq; plus cautionis sperare poterat quàm in stipulatione, quæ paritura tantùm esset actionē in personā. *vulg. l. plus cautionis* 25. *de regul. iur.* Vt sc. ea pecunia esset velut pignoris loco si seruus nō redderetur, quē habere dominus mallet, Aut loco precij si pro seruo pecuniam eligere dominus vellet. Hoc verò ita supposito, nō possum intelligere, quid illud sit, quod subinde Papinianus quærit, Qua actione pecunia si eam dominus elegerit peti possit. Quid enim quærendum est de petenda pecunia, quæ iam soluta sit & prorogata, Vel de reddenda ea quam is qui seruum accepit, numquam numerauerit? Sed & cùm vtroque isto casu tractetur de pecunia petenda, Priore quidem si dominus elegerit pecuniam quæ nondum soluta sit, Posteriore verò si dominus acceperit pecuniam, quam reddere debeat, Probabile est, sicuti vterque casus eandem quæstionem admittit, Quanam actione pecunia hæc peti possit siue à domino qui eam pro seruo eligere voluerit, siue ab eo qui seruum accipiens æstimatum pecuniam æstimationis iam tùm pro eo soluerit, Ita & ad vtriusque casus quæstionem Papinianum respondisse neque indecisam eam reliquisse quæ maioris dubitationis plena videbatur. Quemadmodum enim difficilius est, vt pecunia data pro seruo accepto habēdæ quæstionis gratia repeti possit post habitā de seruo quæstionē, tametsi compertus sit seruus furti reus, quia non eo minùs verum est causam, propter quam pecunia data fuerat secutam fuisse, nec fieri amplius posse vt habeatur pro non secuta, non magis quàm vt seruus reuera tortus, numquam tormentis & quæstioni datus fuisse intelligatur: Sic & difficilius illud videtur, quænam in eam rem actio possit competere. Quis ergo credat quæstionem hanc à Papiniano fuisse prætermissam? Præsertim verò in libris Quæstionum in quibus ille nouas sibi pro arbitrio quæstiones fingere solet, & quantum facere potest arduas & subtiles, vt ingenij sui acumen mirabile & faciliùs prodat, & feliciùs exerceat. Credam potiùs vel ad posteriorem hanc solam quæstionem responsum ab eo fuisse, cùm in specie quam tractabat, nullus priori locus relinqueretur propter acceptam à domino priùs quàm electam pro seruo pecuniam, Vel quod sanè conuenientius fuerit, sic propositam fuisse quæstionem vt ad vtrumque casum accommodari possit, ne quid indecisum relinquatur. Vtrumuis autem à Papiniano factum quis dicat, semper delenda sunt meo iudicio verba illa, quæ interpretationem nostram non patiuntur, *si eam dominus elegisset*, cæteráque sola retinenda, *sed quæsitum est qua actione pecunia peti posset*, Nam cùm sint generalia, facilè possunt in vtrumque casum sic accipi vt quærat Papinianus, non solùm qua actione peti posset pecunia, quam immediatè anteà dixerat & datam fuisse domino, & ab ipso reddi oportere illo casu quo de seruo compertum esset, quod furtum admisisset, Sed etiam qua actione posset dominus petere pecuniam & æstimationem serui in eum casum quo nec prorogata pecunia, nec per

habitam quæstionem de seruo compertum quicquam fuisset, ac nihilominùs pecuniam dominus pro seruo elegisset. Omnia enim hæc concurrere oportet, vt quæstioni locus fieri possit de petenda per dominum pecunia & æstimatione serui. Duplex igitur dubitatio est. Sed vtraque de pecunia petenda, licèt vno casu à domino cui nondum soluta fuerit, Alio casu ab eo per quem fuerat, cùm traderetur seruus æstimatus, prorogata. Ad vtramque autem Papinianus vnicā adfert responsionem his verbis, *Dixi tametsi quid inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, præscriptis verbis incerti & hîc agi posse.* Quibus verbis significat nō solùm his casibus si pecunia petatur, locum esse actioni ciuili Præscriptis verbis incerti, sed etiam in priore legis specie in qua dixerat si seruus non redderetur, ciuiliter agi posse. Quid enim aliud significare possunt duo illa monosyllaba *& hîc* nisi quòd significarent si esset additum *sicut & in superiore casu.* Dat ergo Papinianus actionem ciuilem incerti præscriptis verbis ad pecuniam petendam siue dominus eā petat vt sibi soluatur pro seruo de quo innocente habita fuerit quæstio, siue is, qui eam prorogauerat, vt sibi reddatur postquàm seruum in admisso deprehensum fuisse apparuit, si stipulatio interposita fuisset, nihil aliud inquireremus, nisi quid in stipulationem deductum, quid promissum esset. Alia enim quæ ōmissa fuissent, pro omissis haberentur *l. quicquid adstringendæ 99. De verb. obligat.* Et verò moris erat, vt diximus, in huiusmodi specie interponi stipulationem *dict. l. certo precio.* & quidem in conclusione conuentionis, vt Papinianus noster innuit cùm ita loquitur *verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset*, Sicut & in cæteris casibus interponi stipulationes solebant in nouissima parte pactorum, inquit Vlpianus *in l. iurisgentium 7. §. quod ferè D. de pact.* tanquam quæ non nisi firmandarum aliarum conuentionum gratia adhiberentur, Ob eam nimirum causam dictæ à *stipulo* quo nomine veteres firmum significabant, vt Iustin. docet initio *Tit. De verb. oblig.* Sed nulla interposita stipulatione id vnum relinquitur vt inspiciamus quid actum sit inter contrahentes. Potest autem quid actum esse duobus modis, aut nudo pacto, aut conuentione contractui inserta quæ contractui ipsi legem dederit. Priore casu nulla ex tali pacto nudo potest nasci actio sed exceptio duntaxat, adeóque nec si bonæ fidei contractus præcessisse probaretur. *d. l. iuris gentium §. quinimò, l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Posteriore autem casu datur actio ex pacto, non quia non sit pactum, sed quia non est nudum. Id enim est quod addit Papinianus *nec videri nudum pactum interuenisse, quoties certa lege dari probaretur* quomodo & ab Impp. rescriptum est *in l. vlt. C. de rer. permut.* iis verbis *cùm huiusmodi conuentio non nudi pacti nomine censeatur, sed propriis rebus dictæ legis substantia muniatur*, quod nec dissimiliter scriptum legimus *in l. legem 10. C. de pact. & in l. 1. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* aliisque locis quàm plurimis. Ex quibus apparet euidentissimè vt hoc obiter moneamus, quàm improbabiliter vir doctissimus Iacobus Cuiacius nouam illam opinionem inducere ausus sit, Quod omnia pacta sint nuda, nullum non nudum. Pactum enim quod adiicitur contractui, stricto præsertim & innominato, quale illud est de quo nunc tractamus, neque nudum est vel fatente ipso Cuiacio, neque tamen eo minùs pactum manet, Quamuis hoc neget Cuiacius, qui vult his casibus pactum transire in nomen contractus. Omnino malè. Nam siue intelligit de speciali nomine contractus, Quomodo fieri obsecro potest, vt pactum transeat in nomen contractus innominati qui nullum ipse nomen habeat. Sin quod magis credo, sensit ipse de nomine contractus in genere, vt pa-

ctum ex

Digitized by Google

ctum ex nudo fiat contractus ille cui adiicitur, ne hoc quidē dici potest. Si enim transiret in contractum, quomodo posset dare legem contractui? Vtique non magis quàm sibi ipsi, cùm pactum ipsum contractus esset. Quoties itaque dicimus pactum tale esse quòd det legem contractui, separamus necessariò pactum à contractu tanquam res diuersas & sensu & nomine, licèt de eo pacto nos semper loqui necesse sit, quod cohæreat contractui, & ipsi insit. Et hoc apparet euidentius ex eo, quòd si pactum huiusmodi transiret in illum ipsum contractum cui adiicitur, siue nominatus esset contractus siue innominatus, consequens necessariò fieret, vt non alia ex pacto dari posset actio ad id quod pacto comprehensum esset, quàm illa ipsa quæ ex eo contractu competeret. Quod tamen non ita est. Id enim ad ea tantùm pacta pertinet quæ incontinenti post contractum bonæ fidei adiiciuntur, quorum singulare ius illud est vt non solùm insint contractui sed etiam informent actionem ex contractu competentem *d. l. iuris gentium §. quinimò D. de pact.* At quæ insunt contractui stricto & nominato puta mutuo [finge dedisse me tibi mutua mille, eo pacto addito vt pro me Romam eas] dant quidem legem contractui hactenus vt non minùs impleri oporteat, quod pacto quàm quod contractu promissum fuit. Sed nō informant actionem ex eodem illo contractu, Vt eadem certi condictio ex mutuo, quæ mihi competit, ad mutua mille repetenda prosit etiam mihi ad cogendum te vt pro me Romam eas, Sed alia in eam rem actione opus est, quæ semper est Præscriptis verbis *vt in l. frumenti* 17. *C. de vsur.* Nisi cùm tractamus de pacto adiecto stipulationi, Vt alibi à nobis pluribus disputatum & comprobatum est in Rationalibus. Alioqui quid dicemus si cōtractus talis sit ex quo nulla nascatur actio? Finge donationem esse non stipulatione sed traditione perfectam, vt in *d. l. vlt. C. de rer. permut.* Certum namque est nullam ex eiusmodi contractu nasci actionē. Ad quid enim competeret cùm donatio effectum suum iam habuerit per traditionem? Dico ampliùs Donationem nec cōtractum esse. Vtrumque enim æquè facilè probabo ex *l. interdictum* 14. *D. de precar.* quamuis posset mihi sufficere quòd donatio etiamsi maximè contractus esset, bonæ fidei tamen contractus dici non posset *l. eum qui* 22. *D. de donat.* Quomodo igitur aut qua arte possis hoc casu assequi pro Cuiacio vt pactum quod ille fatetur non esse nudum trāseat in contractum qui nullus sit? Non enim hoc casu vestitur cohærentia cōtractus, vt nostri barbarè quidem sed tamen significanter loqui solent, sed rebus propriis dictæ legis substantia munitur, vt loquuntur Impp. *in d. l. vlt.* id est cohærentia traditionis. Nam in traditionibus rerum quodcūque pactum sit id valere manifestissimū est *l. in traditionibus* 48. *D. de pact.* Dic igitur si voles & si poteris, pactum hoc transire in traditionem quod certè perabsurdū fuerit cū traditio neque verbis neq; consensu solo contenta sit, vt pactū sed possessionis translatioē exigat *l. traditionibus* 20. *C. eod.* Vel fatêre & contende, quod lex negat, nudū pactū esse, cùm non possit transire in contractū cui adiicitur qui nullus est. Datur ergo actio Præscriptis verbis ex pacto quod additum in continenti fuit cōtractui stricto siue nominato non nominato, quia non nudum pactum est, sed ex contractus præcedentis, vt in specie *d. l. si dominus*, aut lex traditionis, si traditio tantùm non contractus vllus præcesserit vt *in d. l. vlt. C. de rer. permut.* Neque hoc apud Papinianum in eo casu quem tractamus aut mirū aut difficile est, sed illud potiùs Cur det ille actionem præscriptis verbis ad pecuniam siue pendam siue repetendā [nā & qui repetit, petit] cùm non de illo pactū internisse proponatur, vt vel daretur pecunia, vel redderetur, sed tantùm vt seruus

habendæ quæstionis gratia traditus æstimatus, si de eo nihil compertum esset, restitueretur. Quid enim habet commune pactio hæc cum pecunia siue soluẽda siue reddenda? Fateor quod ait *d.l.legem* 10. *C.de pact. & d.l.*1. *C.de pact. conuent.* cùm pecunia datur, & aliquid de reddenda ea conuenit vtilem esse non modò pactionem sed etiam ex pactione condictionem id est personalem actionẽ. Sed in proposita specie negotium ita gestum est, vt neque pecunia data sit, at seruus traditus, neque de reddẽda pecunia quicquam conuenerit, sed duntaxat de reddendo seruo. Nam quod proponitur seruus æstimatus, non potest facere vt eo magis videri debeat quicquam de pecunia danda conuenisse in eum casum quo dominus pecuniam eligeret, si non etiam illud concurreret, vt per quæstionem deterior seruus factus esset. Cùm æstimatio, siue venditionis causa fieri eam cõtingat, siue non venditionis causa, non magis vnius quàm alterius contrahentium gratia fiat. Quin potius in eius gratiam qui accipit nõ qui dat æstimatum, vt siue res æstimata pereat siue deterior fiat, non alio tamẽ precio quàm quo taxata fuerit, reposcatur, vt eleganter & disertè scriptum est *in d. l. si inter* 21. *C. de iur. dot.* Non ergo sola æstimatio serui ad quæstionem traditi facere potest vt videatur conuenisse de pecunia reddenda post habitam quæstionem si pro seruo pecuniam dominus eligeret. Et ob eam nimirum causam præmisit Papinianus verba illa *si lex contractus non lateret*, Vt significaret dare se quidem præscriptis verbis ciuilem incerti actionem ad pecuniam aut petendam aut repetẽdam pro casuum varietate, At non tamen omni casu, sed ita demùm si appareret quid actum esset, inter contrahentes, & qua lege traditus esset seruus æstimatus vt de eo quæstio haberetur. Exigit itaque Papinianus præter æstimationem, aliud quiddam ex quo possit constare quam legem contractui dicere pacifcentes voluerint. Et consequenter aliquam conuentionem de hoc ipso de quo quærimus, id est vt pro seruo reddẽdo pecuniam domino dari oporteret si pecuniam dominus eligeret. Alioqui non esset cogendus is qui seruum æstimatum accepisset ea lege, vt si de eo nihil compertum esset, eum ipsum redderet, pecuniam dare pro seruo quem paratus esset reddere dum ne factum vlla in re deteriorẽ. Esset enim hoc alienius à verbis conuentionis. Quæ cùm simpliciter facta sit de seruo ipso reddendo vt *in d.l.penult.D.de condict.caus.dat.* non facilè interpretationem illam ex solius domini voluntate recipere potest, quasi senserit ille, vt si pecuniam habere quàm seruum mallet, electio ipsi permitteretur. Cur non enim idipsum si non stipulatione saltem pacto expressit, si ea fuit voluntate? Maximè cùm verissimum sit quod veteribus placuit, semper faciendam interpretationem aduersus eum qui legem potuit apertiùs dicere *vulg.l.veteribus* 39. *D.de pact.* Erat namque in potestate domini seruum suum tradẽtis vt quam vellet legem traditioni diceret *d.l.in traditionibus l.venditor* 13. *commun.præd.l.vltim.C.de pact.int.empt. & vendit.* Sibi ergo imputet si eligendæ pro seruo pecuniæ facultatem cùm posset, sibi non exceperit. Quid enim obstabat, quominùs tradendo seruum conueniret vt habita de seruo quæstione, vel seruus ipse vel æstimatio ipsius quanta esset taxata, vtrum ipse mallet, sibi redderetur? Adieci *vtrum ipse mallet.* Aliter enim fuisset electio debitoris, non domini eiusdémque creditoris *l.plerunque* 10. *§.vlt.D.de iur.dot.* Ex quo apparet tantò magis, non posse in hac specie domino competere electionem pecuniæ si non expressim ea lex contractui dicta probetur. Nempe si vltrò nullâq; cogente necessitate velit ille pecuniam petere ab eo qui seruum ipsum de quo habita quæstio fuit, nec deteriorẽ vlla ex parte factum velit reddere. Nã si per eum stet qui seruum acceperat æsti-
matum

matum quominùs seruus ipse reddatur parato domino eũ recipere, sufficit cõuentio de reddendo seruo iuncta ipsius æstimatione vt pecunia peti possit, at nõ præcisè & absolutè, sed quasi sub disiunctione & alternatione debita, si non seruus ipse reddatur, ac proinde relicta debitori electione vtrum præstare malit, ad litis vsque contestationẽ, vt *in l. si Titius 9. l. si insulam 84. D. de verb. oblig.* Quid enim refert an seruus perierit, deteriórve factus sit, an verò non reddatur? Nisi quod cùm aduersus conuentionem per contumaciam promissoris nõ redditur, nõ facit æstimatio quominùs teneatur promissor vel seruum ipsum reddere, vel quanti dominus in litem iurauerit præstare, siue ad exhibendum agat, siue recta rei vindicatione, quam dubitandum non est ei saluá manere qui quæstionis habendæ gratia sic tradidit seruum æstimatum, vt tamen eius dominium sibi retinuerit *d. l. penult. D. de condict. caus. dat.* Nec enim æstimatio in hunc casum facta est vt ea contentus esse dominus cogeretur, sed in eum duntaxat quo vel deterior factus esset seruus vel amissus *d. l. si inter.* Ne alioqui sit in potestate improbi ac perfidi huius promissoris per rapinam ab inuito domino rem iusto precio cõparare, quod nec si precium iusto maius offeratur permittẽdum est *l. nec quasi Publicianam 70. D. de rei vindic.* Sanè cùm pecunia pro seruo data & prorogata est ipso tempore traditionis, facilius est vt possit dominus pecuniã eligere, etiã de qua eligenda nihil cõuenerit, quoniam vt hoc casu pecuniam retineat, quam penes se iam habet nulla indiget actione, sed ille potiùs qui pecuniam dedit, si eam habere nunc malit, quàm seruum retinere. Potéstque tentari non improbabiliter electionem retinendæ pecuniæ iam exinde domino datam videri ab eo qui traditum sibi seruum æstimatum accepit, ex quo pecuniam numerauit, nulla de reddenda ea in contrarium adhibita stipulatione. Nec enim credibile est de eo cogitatum fuisse vt prorogata pecunia ab inuito vnquam repeteretur. Sed alienus est hic casus à nostra disputatione in qua non de retinẽdę, sed de petendę pecuniæ electione quærimus cum Papiniano, qui tamen eam potiùs speciem tractare videtur in qua fuerit data domino pecunia æstimationis serui ante habitam de seruo ipso quæstionem, vt probauimus in superioribus ex illis sequentibus apud Papinianum verbis *tunc enim & datam æstimationem reddi à domino oportere.* Vnde coniecturam sumpsimus emendandæ legis, Quasi de ea pecunia sentire Papinianus non potuerit quam nondum sibi datam dominus petendam elegerit, sed de illa potius quam domino datam & prorogatam reddi ei qui dedit oporteat. Facilius siquidem est vt petitam pecuniam interpretemur etiam eam, quæ repetatur, quàm eam quæ retineatur. At verò vt prorogata pecunia etiam illi qui dedit reddatur, si per habitam de seruo quæstionem furti reus ille compertus sit, vtque in eam rem ciuilis incerti actio Præscriptis verbis detur, An similiter exigemus vt specialis aliqua conuentio in eam rem interuenerit? Minimè. Non enim potest latêre contractus, etiamsi de eo nihil nominatim dictum sit, si modò conuenerit, quod conuenire olim solebat, vt si de seruo nihil per quæstionem compertum esset, is redderetur. Hoc ipso enim illud quoque conuentum videbatur, vt in contrarium casum, id est si de seruo aliquid compertum esset, is non redderetur *l. inter socerum 26. §. cùm inter D. de pact. dotal.* Etsi autem neque hæc neque illa pactio quicquam continet de reddenda vllo casu pecunia, quæ vt traderetur seruus, prorogata fuit domino, Vi tamen ipsa & effectu hoc quoque pactione illa contineri intelligitur, quia nec ad alium finem pecunia prorogatur, quàm vt habeat dominus in manu paratam indemnitatem, & quod possit retinere si seruus non reddatur,

eo nimirum casu quo reddi eum oportebit. Cui consequens est, Id igitur etiam tacitè actum videri, vt si talis casus contingat, in quo seruum reddi non oporteat domino, dominus è contrario pecuniam quam accepit ei reddere debeat à quo accepit, tanquam quæ in hunc casum nec data nec accepta sit. Alioqui non suo iure & impunè seruum retineret is qui accepisset, si pecuniam quam pro detegendo facinore antequàm compertum esset prorogauit repetere non posset, non magis quàm si eam nondum datam nunc dare cogeretur. Cùm igitur datâ pecuniâ vt quæstio de seruo haberetur, & addita pactione vt si de eo nihil compertum esset ipse redderetur, nō lateat lex contractus, sed in aperto sit quid contrahentes fieri vellent si seruus furti reus deprehenderetur, Nihil aliud exigendum est vt præscriptis verbis actio etiam ei qui seruum retinuit detur ad petendam pecuniam quam dederat, vt in alium casum penes dominum remaneret.

ERROR OCTAVVS.

De actione incerti Præscriptis verbis, ad certam quantitatem pecuniæ.

SED illud magis mirum est, Cur hæc actio Præscriptis verbis dicatur incerti, cùm detur ad certam pecuniam numeratam siue Papinianum intelligas de pecunia quam petat dominus qui pro seruo pecuniam elegerit, Siue de serui æstimatione, quam domino prorogatam reddi oporteat ab ipso domino cuius seruus cōpertus fuerit furti reus. Quis enim vnquam audiit certā pecuniam numeratam, cuius petendæ gratia certi condictio iure ciuili nominatim comparata est, etiam incerti actione peti posse? Scio Cuiacium respōdere nec insubtiliter, competere hoc casu actionem incerti præscriptis verbis ad consequendā pecuniam, non tanquam pecuniam, sed velut pro eo quod interest: vt solet dari ex contractu Do vt des, quasi & hic contractus sit Do vt des, Do scilicet tibi seruum vt mihi des pecuniam, quemadmodum si è contrario dedissem tibi pecuniam vt mihi Stichum dares vt *in l. vlt. De condict. caus. dat.* Verùm hoc ipsum erat explicandum, Cur hoc casu detur actio incerti ad id quod interest, cùm id quod interest, sit certum, nec possit dictâ æstimatione hominis egredi æstimationem, quod & Cuiacius fatetur, quamuis aliàs contrà soleat euenire *l. 1. in princip. D. de action. empt. l. in interdicto 6. D. vnde vi.* Neque rursus verum est hunc esse contractum Do vt des, sed Do vt reddas, quemadmodum in superioribus diximus. Actum enim erat expressim de seruo reddendo, non de danda pecunia, quam nec aliter peti posse vult Papinianus, quàm si dominus ex post facto, id est post habitam de seruo quæstionem, de quo nihil compertum sit, eam elegerit. Vt proinde initio inspecto quod ad cuiuscumque contractus formam dignoscendam semper inspiciendum est *l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. D. depos.* non possis dicere contractum hunc esse *Do tibi seruum, vt mihi des pecuniam.* Nam & si talis contractus esset, sequeretur vt te non dante pecuniam, agendum mihi esset præscriptis verbis, nō ad pecuniam quam dare debueras, sed ad id quod mea interesset te dedisse vt scriptum est *in l. naturalis 5. §. 1. D. de præscr. verb.* Hoc verò fieri nō potest, quia ratione pecuniæ numquam agitur ad id quod interest nisi vtilitas loci vel temporis interueniat

Digitized by Google

niat quæ faciat ne id quod intereſt excurrere in infinitum poſſit *l. nummis 3. D. de in lit.iurand.* Difficilis certè nodus eſt, ſed ita iudicio meo diſſoluendus, vt dicamus, Cùm per habitam de ſeruo quæſtionem, furti reus compertus ille eſt, exinde quæſitum ius fuiſſe ei cui furtum factum eſt agendi in omne id quod ſua ob eam cauſam intereſſet aduerſus dominum ſerui. Ex natura ſcilicet actionis furti, ſiue dominij, ſiue vtilitatis ſolius ratione deferatur *l. ſi vendidero* 80. *§.1. D. de furt.* Neque tamen noxali actione, quia non competit noxalis actio ei qui ſeruum tenet, vt nec aduerſus alium quàm eum apud quem ſeruus ſit *l. noxalis 7. in princip. D. de noxal. action.* Sed non auffert ea res domino facultatem dedendi ſeruum noxæ, perinde acſi noxali actione conueniretur: Eâdem ſcilicet æquitatis ratione, quæ noxales actiones introduxit, Ne ex ſerui facto & maleficio dominus vltra quàm quanti ſeruus ipſe eſt obligetur *l.1. eod. & initio tit. Inſt. eod.* Cæterùm quouſque dedat pleniſſimè, non poteſt recuſare quominùs in id quod intereſt conueniatur, & condemnetur. Nec enim aut melior aut deterior ipſius condicio eſſe debet quòd ſeruum alteri traditum neque habeat amplius in ſua poteſtate, neque habere vnquam poſſit, niſi ſoluta totius litis æſtimatione. Cùm non eo minùs poſſit ſeruum noxæ dedere ſi velit, imò tantò citiùs & commodiùs, quantò facilius ei eſt ſeruum penes actorem derelinquere, quàm tradere, ſi apud ſe adhuc ſeruum haberet. Atqui non poteſt videri plenam noxę deditionem feciſſe, ex eo ſolo, quòd ſeruum quem non niſi habendæ quæſtionis gratia tradiderat, poſt habitam quæſtionem penes eundem manere patiatur, ſi non præterea reddat pecuniam, quam vt ſeruum traderet accepit: Quia neque ſeruum hunc ex cauſa deditionis habere dici poteſt, quandiu abeſt ei pecunia, quam prorogauit, & quam ſi non dediſſet, ſeruum hodie non haberet. Tenetur ergo dominus omnimodo vt pecuniam illã reddat, ad hoc vt ſeruum pro noxæ dedito relinquere videatur, ſi non totius damni æſtimationem inferre malit: Cúmque actio etiam noxalis, tunc cùm competit, non ad deditionem competat ſed ad litis æſtimationem, id eſt ad hoc quod intereſt agentis *dict. l. miles 6. §.1. De re iudic.* Conſentaneum eſt vt in propoſita ſpecie actio præſcriptis verbis quæ velut in locum noxalis actionis ſubſtituta eſt, ſit incerti, tãquam quæ detur ad id quod intereſt. In quo dubitandum non eſt quin pecunia pro ſeruo torquendo data contineatur, quamdiu non redditur, ſiue damni præſtationem eligere dominus velit, ſiue noxæ deditionẽ. Proinde veriſſimũ eſt pecuniam quamuis certã & numeratam peti hoc caſu iure eius quod intereſt, & tanquã partẽ quandam vel æſtimãdæ litis, vel deditionis ſerui pro noxa. Sicq; propoſitis omnibus circa hũc caſum dubitationib. ſatisfieri poſſe arbitramur, Nec cuiquã poſthæc mirũ videri debere quod nos contra Accurſium & Bartolũ cõtendimus, Condictionẽ certi numquam poſſe competere, ad id quod intereſt. Cùm è contrario neceſſaria ſit actio incerti etiam ad petendam certã pecuniam numeratã, quoties pecuniam illã iure eius quod intereſt peti oportet. Sed de alio caſu quo dominus pecuniã petat, quam elegerit pro ſeruo de quo nihil cõpertũ ſit an idem fortaſſe dicere poſſumus? Nihil minùs, Nec ſanè poſſum diſſimulare nihil habere me quod ad propoſitã quæſtionẽ reſpondeam. Cur incerti actionẽ Præſcriptis verbis hoc caſu cõpetere Papinianus putauerit ad pecuniã petendã: Cùm & pecunia quæ petitur certa ſit, & tanquam pecunia petatur, nõ tanquã id quod intereſt, cuius ſcilicet petendi nullus hoc caſu color ſubeſt ſiue conuentionis, ſiue negotij naturã inſpiciamus. Quidni ergo petatur potiùs cõdictione certi? Nã quod petitur ex contractu innominato ad rem non facit: Si-

T

quidem certi condictionem competere certum est, vt ex qualibet causa, ita ex quolibet contractu etiam incerto, dum ex eo certum petatur *d.l.certi condictio.* Et hæc nimirum præcipua ratio est, quę inuitū me cogit vt emendationē meam probem, deleámq; in quæstione Papiniani verba illa *si eam dominus elegisset* quę his nobis difficultates pepererunt. Quid enim clarius, quàm videre Papinianum cui familiare est quæstionē ex quæstione deducere, maximè verò in libris Quęstionum postquàm respondit ad primam dubitationem quæ illa erat: Qua demùm actione cogi posset seruum reddere is qui habendæ quæstionis gratia æstimatum illum acceperat si nihil de furto compertum esset, Nimirum ciuiliter cum eo in eam rem agi posse, statim subiecisse verba illa *licèt aliquo casu seruum retenturus esset qui traditum accepisset: Potest enim retinere seruū siue dominus pro eo pecuniam elegisset, siue in admisso deprehensus fuisset: Tunc enim & datam æstimationem reddi à domino oportere,* Non alio fine quàm vt viam sibi strueret ad aliam quæstionē quam subinde proponit iis verbis *sed quæsitum est* mira orationis colligatione cùm posterior dubitatio nihil commune haberet cum priore. Atq; ita nos quidem totam legem hanc & legendā & intelligendā arbitramur.

ERROR NONVS.

De Bartoli & Cuiacij ad supradictam Papiniani legem interpretationibus.

MVLTA verò Bartolus quem posteriores, vt solent, secuti sunt, sed plura Cuiacius ad Papinianum in huius legis interpretatione peccauerunt. Bartolus primùm in eo quòd Papiniani sententiam illam esse vult, vt ex contractu Do vt facias & des nascatur actio Præscriptis verbis per quam agi possit ad hoc præcisè fiat quod conuenit: Quod tamen neq; verum est, neq; ad legem nostram accommodatum, in qua non ille contractus initus proponitur Do vt facias & des, adeóq; nec quisquam ex duobus illis simplicioribus Do vt facias vel Do vt des, sed ille potiùs qui diuersam à præcedētibus omnibus habet rationē, *Trado vt reddas.* Ostēdimus namq; in superiorib. cum casum à Papiniano tractari, quo dominium serui habendæ quæstionis causa traditi non fuerit translatum in accipientem: quod vtique factum esse oporteret vt hæc contractus species caderet in alterutrū ex iis contractibus *Do vt des* vel *Do vt facias*, Nō quòd aliquando verbis istis *dandi* & *tradendi* promiscuè prudentes non vtantur vt à Papiniano nostro in hac ipsa lege factum est, quod & Cuiacius obseruauit, Sed quia in contractibus designandis & demonstrandis eam verborū proprietatem omnino sequi debemus quæ nullū dubietati & æquiuoco locū relinquat. Ideóque solemus dicere, Ex contractibus illis Do vt des & Do vt facias nasci non modò ciuilem actionem ad id quod interest, sed etiam condictionem ad repetendum id quod datum fuit *l.naturalis* 5.§.1.*& seq.eod.tit.* quæ tamen condictio non aliter competere vnquam potest extra causam condictionis furtiuæ, quàm si is qui rem suam tradidit dominus eius esse desierit *l.pen. D. de condict. caus. dat.* Est igitur potiùs hic cōtractus collocandus sub genere contractuum Facio vt facias, quoniam & qui tradit facit, & qui reddere debet, facere debet, Neuter verò dat cùm traditio prima non animo transferēdi dominij facta fuit. Nescio verò cur addat Bartoli contractum hunc esse *Do vt facias & des*, Nisi fortè ita intelli-

intelligit quasi conuenerit inter tradentem & accipientẽ non tantùm vt seruus redderetur, quod facti est, sed etiam vt pecunia daretur, in quo vera datio & dominij translatio versatur. Sed hoc dici non potest. Neque enim de vtroque coniunctim potuit conuenire, id est de seruo reddendo, & de danda pro seruo pecunia, sed disiunctim & alternatiuè vt vel seruus redderetur, vel pecunia, si eam dominus eligeret daretur. Itaque debuit potius dicere Bartolus, Esse hunc contractum *Do vt facias vel des*, non quomodo loquitur, *Do vt facias & des.* At neque hoc quidem dicere potuit. Necessariò enim ponendum est in hac Papiniani specie cùm traderetur seruus æstimatus illo ipso tempore datam & prorogatam fuisse æstimationem, non autem de ea danda conuenisse, vt docuimus in præcedentibus. Nec illud rursus videre possum, cur dicat Bartolus, Ex huiusmodi contractu Do vt facias & des dari actionem præcisè in id vt fiat quod conuenit, Quæ non daretur ex simplici contractu Do vt facias, sed ad id tantùm quod agentis interesset *dict. l. naturalis §. at cùm do.* Non enim Papinianus ait, Si seruus habendæ quæstionis gratia traditus non reddatur, cùm de eo nihil compertum sit, cogi posse præcisè vt seruum reddat: Sed hoc tãtùm *ciuiliter cum eo agi posse*, quod nos suprà sic interpretati sumus vt ciuilis actio incerti Præscriptis verbis hoc casu competat, Ex sequentibus illis eiusdem Papiniani verbis ad posteriorem legis quæstionem relatis *præscriptis verbis incerti & hic agi posse.* Ergo ad id quod interest, non ad seruum omnimodo reddendum. Nec enim actio incerti dicenda illa esset, sed condictio certi quæ competit ex omni causa, ex qua certum petitur quamuis ex contractu incerto *l. certi condictio 9. D. de reb. credit.* Aut si quis actionem præscriptis verbis adhuc eo casu vellet competere, non tamen posset dici ea incerti, quippe quæ non ad rem incertam competeret, id est ad id quod interesset, sed ad rem certam, id est ad seruum ipsum quem omnimodo reddi oporteret. Exemplo actionis Præscriptis verbis quæ oritur ex permutatione, quam nemo vnquam dixit *incerti* esse, quia nimirum non ad id quod interest competit, sed ad hoc vt vel id quod vicissim dandum est præcisè detur, vel quod acceptum fuit, reddatur, *l. 1. §. vltim. D. de rer. permut. l. cùm precibus 4. Cod. eodem.* Quod verò ex hac ipsa lege notat Bartolus, Competere actionem præscriptis verbis ad repetendum id ipsum quod datum est vel eius æstimationem, quando sic actum fuit, Non video qua ratione ex Papiniano inferri possit. Non enim dat ille actionem præscriptis verbis ad repetendum seruum aut ad petendam eius æstimationem, sed ob non redditum seruum ad id quod interest. Cùm autem pecuniam pro seruo eligit dominus quæ nondum ei soluta sit, petere illam debet non actione incerti præscriptis verbis, sed vel condictione certi, vel actione ex vendito, cùm æstimatio hoc casu licèt ab initio non fuerit venditio, euadat tamen posteà in venditionem secuta quandocumque electione pecuniæ, Vel denique actione illa præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, Ex *l. 1. versiculo quoties D. de æstimat. act.* in illis verbis *quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem.* Nempe si facta æstimatio proponeretur vt in specie Papiniani. Hoc enim omnino exigitur vt æstimatoria præscriptis verbis actio locũ habere possit. In summa non vult Papinianus repeti seruum tanquam datum aut traditum, sed peti tanquam reddendum, & idcirco non dat condictionem domino sed incerti actionẽ præscriptis verbis, vt si seruum reddere nolet is qui accepit, dominus id

omne quod sua eo nomine interesit, cõsequatur. Cur verò non damus actionẽ æstimatoriam præscriptis verbis ad petendã serui restitutionẽ, cùm seruus fuerit æstimatus, quemadmodũ dari eam volumus ad petendam pecuniam? Nimirum quia si per æstimatoriam seruus hic peteretur, esset in potestate habẽtis seruum, vt vel eum redderet dũmodò incorruptum nec deteriorem factũ, vel ipsius æstimationẽ præstaret *d.l.1.§.vlt.de æstimat.act.* Atqui ponimus æstimatum fuisse seruum cõmodo & fauore non accipientis sed tradentis, vt haberet electionem vtrũ consequi mallet, Siue dicas cũ Cuiacio expressim conuenisse vt dominus electionẽ hanc haberet, Siue ponas, quod nos magis probamus, datam ei fuisse hoc ipso quod prorogata ei fuit pecunia æstimationis. Non ergo æstimatoriæ actioni locus fieri potest eo casu quo agere dominus velit ob nõ redditũ seruũ nulla æstimationis facta mentione, Quod vel nomẽ ipsum æstimatoriæ actionis demonstrat. Sic enim appellatur & De æstimato vt appareat mentionem æstimationis in ea fieri oportere. At vt per æstimatoriã æstimatio ipsa peti possit præcisè, nihil repugnat, si modò is petat qui eligendi ius habet. Nihil ergo verè Bartolus, aut accõmodatè ad Papiniani sensum, Nisi quod postremo loco notat, Si tradã tibi seruum torquendum pro maleficio, id inter nos actũ intelligi debere vt nõ reddas si sit repertus in maleficio. Hoc.n.verum sanè est, cùm isto casu tenear tibi ad indẽnitatem præstandã, nisi seruum pro noxa dedere malim. Et hæc quidẽ contra Bartolum disputasse sufficiat. Sed contra Cuiacium, Deus bone, quàm lõgè plura tractãda essẽt, si singula ipsius errata persequi vellemus. Ac in ipso statim limine offendit, cùm docet actionẽ præscriptis verbis dici etiã incerti: quasi sint ista synonima, nec quicquam referat an dicas actionẽ præscriptis verbis, an verò incerti: quod non ita est. Etsi enim Præscriptis verbis actio dicitur etiã incerti quoties datur ad id quod interest, quod semper incertũ est, Nõ tamẽ datur semper ad id quod interest, vt in ea videre est quam dari diximus ex permutatione *d.l.1.§.vlt.D.de rer.permut.d.l.cùm precibus 4.C.eod.* quæ proinde incerti nullomodo dici potest, vt neq; æstimatoria quæ similiter ad id quod interest numquam datur, sed ad hoc vt vel ipsa res data & æstimata reddatur, vel æstimatio præstetur *d.l.1.§.vlt.De æstim. act.* Sicut è contrario non omnis actio incerti potest vicissim dici Præscriptis verbis, Vt apparet tam ex condictione incerti, quàm ex actione ex stipulatu, quarum vtraque incerti sanè est, neutra tamen præscriptis verbis, Et ideò bene Papinianus in posteriore huius legis parte vtrumq; actionis nomẽ cõiungit, cùm ait *præscriptis verbis incerti & hîc agi posse* ne quis posset intelligere vel de actione præscriptis verbis, quæ non esset incerti, Vel de actione incerti quæ nõ esset præscriptis verbis. Sed grauius in eo errat vir doctissimus, quod ponit sic datũ fuisse seruum à domino ei qui habendæ quæstionis gratia accepit, vt factus fuerit accipientis. Nam si ita esset, sequeretur factam fuisse æstimationem contrahendæ venditionis gratia, nec in potestate prioris domini amplius fore vt ob seruum non redditum posset agere ad id quod sua interesset, etiamsi seruum habere quàm pro seruo pecuniam eligere mallet: quod tamen Papinianus disertè negat, cùm scribit non posse hunc seruum ab eo qui traditum accepit retineri nisi duobus illis casibus, Si vel dominus pecuniam pro seruo elegerit, vel seruus in admisso deprehensus sit. Relinquit igitur domino facultatem eligendi serui quamuis æstimati, nec cogit eum contentum esse precio, si is qui accepit retinere seruum malit, quomodo tamen contentus esse cogeretur si æstimatio venditionem fecisset, aut si qua alia ratione seruum accipientis fecisset. Adiice, quòd

si cum

si eum casum tractaret Papinianus quo seruus factus esset accipientis, daret priori domino condictionem, non præscriptis verbis actionem, vt docuimus in superioribus ex *dict.l.penultim.D.de condict.caus.dat.* Addit olim fuisse vsitatũ vt seruus alienus quem alius argueret furti soleret tradi facilè in quæstionẽ sed æstimatus certo precio & stipulatione interposita de reddendo eo, vel æstimatione eius ex *l.certo precio* 13. *D.de quæst.* Rectè, Nisi in eo quod addit de æstimatione in stipulationem alternatiuè deducenda. Ita namque concepta stipulatione fuisset electio illius qui seruum accipiebat vt vel seruum redderet vel æstimationem, ex regula *l.plerumque* 10.*§.vltim. D.de iur. dot. & d.l.1. §.vlt. De æstim. act.* cùm tamen ex contrario id ageretur vt seruus omnimodo redderetur, nisi eligere pecuniam dominus mallet, vt *in l.si inter* 21. *Cod.de iur. dot.* ac proinde vt æstimatio fieret in fauorem & commodum domini tradentis bona fide seruum suum in quæstionem. Quare nec ait Modestinus *in d.l.certo precio*, solitum fuisse ita concipi stipulationem vt ad serui vel æstimationis restitutionem promissor obligaretur. Et Cuiacius ipse qui in huius legis specie ponit me tibi dedisse seruum in quæstionem nec stipulationem interposuisse sed seruum æstimasse & ea lege dedisse vt vel ipsum mihi redderes vel ipsius æstimationẽ, cogitur ponere hoc quoque additum conuentioni *vtrum ego mallem, Vtrum eligerem* quod tamen prorsus diuinatorium & commentitium est. Nihil enim est apud Papinianum ex quo possit colligi vel coniici facultatem hanc eligendi expressim deductam fuisse in conuentionem. Quid? inquies, An non apertè Papinianus tractat de eo domino qui facultatem habeat eligendi? Non nego. Id enim euincunt manifestè illa legis verba *siue dominus pro eo pecuniam elegisset*, Sicut & facilè illud admittam quoties hac de re interponebatur stipulatio, sic eam concipi solitam fuisse vt electio domino relinqueretur. Sed nego tractari à Papiniano eum casum, quo specialis aliqua huiusmodi pactio interuenerit, Neque enim hoc prætermisisset quod præcipuè fuerat exprimẽdum. Itaque vel fatendum est quod iam diximus habuisse dominum hoc ius eligendi ex tacita voluntate aduersarij qui prorogauerat solutionem æstimationis, vt hoc ipso in domini potestate relinqueret an eligere pecuniam, an seruum repetere mallet: Vel quod mihi probabilius videtur, non ad ius, sed ad factum referri supradicta verba debere, Id est sic accipi, vt dominus pecuniã elegerit, nõ tam quòd eligendi ius habuerit, quàm quòd aduersario volenti seruum retinere ipse vltrò consenserit, & pro seruo cuius restitutionem vrgere poterat incerti actione ciuili Præscriptis verbis, pecuniam habere maluerit. Nec est quod quis dicat Dominum hoc sensu non tam elegisse videri quàm eligenti aduersario consensisse. Non enim dicimus aduersarium elegisse, aut eligendi ius habuisse, quem è contrario ponimus seruum sibi in quæstionem traditum accepisse ea lege vt ipsum redderet si nihil de eo compertum esset, Sed eum seruum quamuis nullo iure retinere tamen voluisse, Dominum verò cùm posset contradicere, & pro suo iure postulare vt sibi seruus redderetur, maluisse consentire aduersario pecuniam offerenti qua fuerat seruus æstimatus, eámque accipere. Quomodo & in specie *l.si diuersa* 14. *Cod. de transact.* rescribunt Imperatores ei qui transactionis placito nitebatur, si diuersa pars contra placitum agere vellet, æquitatis rationem suadere refusa pecunia causam ex integro agi, *cùm & tu*, inquiunt, *hoc desideras* quod perinde est acsi dicerent *quando & tu hanc condicionem eligis quam improbare posses si velles*, Vt & *in l.pupilli* 96. *§.1. vers.planè si adolescens D.de solut.* Proinde non eo minùs in specie nostra dicendus est do-

minus eligere pecuniam cùm oblatam sibi eam ab aduersario vltrò accipit, quia si nollet accipere, non cogeretur. Ideò autem ponimus oblatam ab aduersario pecuniam, quia nec sit credibile adeò impudentem & inciuilē quemquam fore, qui ab amico seruum æstimatum acceperit in quæstionem, vt post quæstionem habitam velit inuito domino seruum retinere, de quo reddendo expressim cōuenerat, quin saltem vltrò ipse offerat pro seruo conuentam, si nondum ea prorogata sit, serui æstimationem: Cùm nimis euidenter iniquum sit & seruum & serui precium ab eo retineri: quod ne quidem per conuentionē expressam fieri posset salua bona fide *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. D. de action. empt.* Cui tātò magis consequens sit quod constanter defendimus, non tractari à Papiniano casum illum quo pecunia etiam electa peti possit vel debeat. Nā siue dicas fuisse prorogatā, siue oblatam, neutro casu indiget dominus actione ad pecuniam petendam, sed vel retentione tātùm si iam apud se eam habeat, vel electione vt oblatam sibi vltrò pecuniam consequatur. Quæ res mirum in modum emendationem nostram confirmat. Nec enim quærere potuit, ac debuit Papinianus qua actione pecunia peti posset, cùm aut nulla opus esset actione si pecunia vltrò offerretur, vel si iam prorogata eligeretur, Aut nulla posset competere, si pecunia neque prorogata, neque oblata proponeretur, siquidem eo casu alterutrum euenire necesse foret, vt nimirū vel de pecunia petenda, retinēdáve quæri non oporteret, sed tantùm de proponenda incerti actione præscriptis verbis, vt seruus ipse redderetur aut quod actoris eo nomine interesset præstaretur, Vel electio eius esset qui seruū penes se haberet an seruum ipsum reddere an ipsius æstimationem præstare mallet, non domini vtrum petere vellet, nulla in contrarium interposita conuentione, quæ domino eam dederit electionem. Quòd si poneres expressam ea de re conuentionem interuenisse, planè non video qua ratione aut quo sensu Papinianus ad quæstionem de pecunia propositam respondisset sub illa condicione *si lex contractus non lateret.* Quomodo enim latere posset, quæ expressa conuentione niteretur? Falsum igitur est, quod supponit vir doctissimus, initam expresè conuentionem de restituendo seruo vel eius æstimatione vtrum dominus mallet.

ERROR DECIMVS.

De aliis Cuiacij erroribus ad eandem Papiniani legem.

SED illud multò falsius est, quod addit Cuiacius Papinianum nihil quærere de seruo qua actione possit repeti, sed tantùm quærere de pecunia, qua actione peti possit. An non enim repugnat euidētissimè tota illa legis prima clausula, in qua de seruo tantùm agitur, de pecunia verò ne verbum quidem? *Si dominus*, inquit, *seruum cùm furti argueretur quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset, & is non redderetur eo nomine ciuiliter agi posse.* Ad quid verò nisi ad hoc vt quod interest præstetur, si seruus nō reddatur, aut potiùs quia non redditur? Aut si hanc quoque clausulam ad quæstionem de pecunia proponendam referre velis, quia id quod interest non nisi in pecunia numerata solui, & præstari possit. Cur ergo subiecit Papinianus aliam illā quæstionem quæ nos torquet iis verbis, *sed quæsitū est qua actione pecunia si eam dominus elegisset peti posset*, Nisi fortè respondeas priorem quæstionem esse de pecunia, quæ petatur iure

: eius quod intereſt: Poſteriorem verò de pecunia, quæ iure æſtimationis.
od etſi admitterem, Tantò minùs verum eſſe poterit, quod idem Cuiacius
at, Papiniani ſenſum in poſteriore legis parte illum eſſe vt incerti actione
:ſcriptis verbis petatur pecunia tanquam debita pro eo quod intereſt, non
æſtimatione. Atque ita quoquò te vertas, emendatio noſtra probanda erit.
d ſanè verum eſt quod ſubiungit Cuiacius, diſtinctionem hanc ex mente
iniani adhibẽdam eſſe, Vtrum ſeruus de quo habita quæſtio eſt, furti cõper-
fuerit, an non. Si furti cõpertus ſit, nec ipſum peti poſſe, nec æſtimationem
, Imò verò ſi æſtimatio fuerit prorogata & in antecellum data reddi eam o-
ere. Id enim tacitè actũ videri ne ſerui nocentis nomine dominus quicquã
equeretur. Sed quod addit æſtimationem hoc caſu repeti condictione ſine
, quia non fuerit cauſa eius prorogandæ *l. 1. De condict. ſin. cauſ.* hoc verò e-
nter malè nec tantùm contra Papiniani verba ſed etiã aduerſus iuris ratio-
t quidem contra Papiniani verba qui de hac ſola pecunia proponens quæ-
iẽ, ſtatim reſpondet incerti quoq; actione ciuili præſcriptis verbis & hanc
niã peti debere. Contra iuris verò rationem, quia cùm nõ fuerit prorogata
pecunia æſtimationis vt ſeruus retineretur, ſed tantùm vt à ſuo domino in
tionẽ traderetur, Nõ poteſt videri prorogata æſtimatio ſine cauſa, nec rur-
b cauſam, quæ nõ fuerit ſecura, cùm ponat Papinianus habitã fuiſſe de ſer-
ıæſtionem quæ aliter haberi nõ potuiſſet, ac qua non habita nihil de ſeruo
q; cõpertũ eſſet, quod & poſtea idẽ Cuiacius fatetur. Dices tractare nos de
itione pecuniæ, Papinianũ verò de petitione, nec proinde poſſe illũ intel-
e pecunia æſtimationis quam proximè dixerat, reddi à domino oportere.
m præter id quod iã reſpõdi in præcedẽtibus, Etiã peti pecuniã quæ repe-
Poſſum etiã addere Papinianũ elegãter ſuo more de petẽda nõ de repetẽ-
cunia quæſtionẽ propoſuiſſe, vt ſignificaret nõ repeti hãc pecuniam quaſi
auſa datã, vt malè putat Cuiacius, ſed peti quaſi debitam, & de qua in hunc
reddẽda ſi nõ apertè ſaltẽ tacitè, nec obſcura cõtractus lege conuenerit:
dũ ea, quæ ſuprà docuimus. Petitur. n. non quaſi æſtimatio, ſed quaſi pars
uod intereſt, quod peti poſſet per actionẽ furti noxalem, ſi nõ iam apud ſe
haberet is cui furtũ factũ fuit *l. noxalis 7. D. de noxal. act.* Addit Cuiacius,
ius furti cõpertus nõ fuerit, domino reddi debere ſeruum cõdictione ſine
ſi ſeruũ fecerit accipiẽtis. Æquè malè, & cõtra Papinianũ qui diſertis ver-
t in hanc rẽ domino ciuilẽ incerti actionẽ Præſcriptis verbis, in id ſcili-
vt præcisè & omnimodo reddatur ſeruus ſed vt ob eum non redditũ, &
ddatur, præſtetur quicquid eo nomine intererit agentis. Nã & eum caſum
ianus tractat quo dominus traditũ ſeruum accipiẽtis non fecerit, vt ſuprà
mus, quo tamen caſu fatetur Cuiacius cõdictioni locũ eſſe non poſſe, ſed
atione. Ait. n. quia condictio domino rei ſuæ nõ detur, Extra cauſam ſci-
ondictionis furtiuæ *§ ſic itaque. Inſt. de act. l. vlt. D. vſufr. quem. caueat.* Nã
eris quidẽ ſpecialibus cõdictionibus id verũ eſt per quas intẽdimus dari
oportere. Sed in cõdictione ſine cauſa, aut, quæ generalior eſt, nõ ex iuſta
non idem eſt, quia placuit iure gentium poſſe condici res ab his qui non
a cauſa poſſident, ſiue ratione dominij ſi fortè abſceſſerit illud à condi-
ſiue ratione poſſeſſionis ſi ſola poſſeſſio non etiam dominium abſceſſe-
am & idem Cuiacius hoc ipſum docuerat in libr. 11. Quæſtionum Papi-
d *l. 5. D. rer. amot.* de qua & circa quam ſcripſimus tam multa ſuperiori-
ecadibus. Aliud certè eſt in condictione ob rem dati re nõ ſecuta, de qua

Digitized by Google

in l. penult. D. de condict. cauf. dat. Addit vir doctiſſimus, Si dominus non fecerit ſeruum accipientis dandam ei vindicationem ſerui vel actionem Ad exhibendum. Hoc quoque malè. Nam cùm hic caſus ſit quem Papinianus tractat vt tam ſæpe inculcauimus, nec eo minùs tamen det actionem Præſcriptis verbis quæ nec cum actione furti, nec cum furtiua condictione, nec denique cum actione ad exhibendum poteſt concurrere *l. ſi gratuitam 17. §. Papinianus*, aliàs *l. ſi rem tibi D. de praſcr. verb.* intelligimus non in ea fuiſſe Papinianum ſententia vt hoc caſu actiones illas competere putaret, quamuis competant in ſpecie *d. l. penult. D. de condict. cauſ. dat.* Excipienda tamen ſemper eſt vindicatio quæ cùm ſit in rem nunquam excluditur quin competat domino licèt habenti alias actiones perſonales, Sicuti nec perſonales actiones per vindicationem excluduntur, adeóque nec actio præſcriptis verbis non magis quàm per interdictum De precario *l. 2. §. 1. l. duo 19. §. vlt. D. de precar.* In eo namque conueniunt precarium & vindicatio, quòd poſſeſſionem ab aduerſario auocant licèt alio atque alio iure. Subiicit Cuiacius, ſi dominus malit pecuniam habere quàm ſeruum competere illi actionem Præſcriptis verbis ad eam conſequendam. Hoc verò eſt quod nos iam toties, ac tam multis refutauimus. Sed addit de ſuo & extra legis verba irreptitia *veluti pro eo quod intereſt.* Nimirum quia videt abſurdum eſſe vt certa pecunia numerata petatur actione incerti præſcriptis verbis ſi non petatur tamquam incertum quid, quale ſemper eſt id quod intereſt, Neque tamen videt vir doctiſſimus non poſſe hac parte cenſeri iure eius quod intereſt pecuniam numeratam quæ habeat certam quātitatem quamuis in locum eius quod intereſt ſubrogatam, Scilicet vt perinde incerti actione petatur, cùm ſit certa & taxata. Cùm enim dicimus id quod intereſt non alia quàm incerti actione peti poſſe, de eo tantùm loquimur quod incertum ſit, non quod certum factum ſit per taxationem. Alioqui quid dicemus, ſi ſtipulatio aliqua prætoria quæ ſui natura datur ad id quod intereſt, ſubiectam habeat pœnam certæ quantitatis ad eius quod intereſt taxationem ex conſilio Venuleij *in l. vltim. D. de prætor. ſtipulat.* An dicemus deducta centum in ſtipulationem peti debere, aut incerti actione Præſcriptis verbis vt in hac lege noſtra, Aut quod eſſet conuenientius actione ex ſtipulatu quæ & ipſa incerti eſt, quia per eam nihil niſi quod incertum eſt petitur? Minimè verò. Repugnat enim Iuſtinianus initio *Tit. De verb. obligat.* Repugnat & Vlpianus *in l. ſi quis certum 24. D. de reb. cred.* vbi ſcriptum eſt, Si quis certum ſtipulatus fuerit, actionem ex ſtipulatu eum non habere, ſed condictitia illa actione perſequi id debere per quam certum petitur. Quòd ſi tùm quoque cùm ſtipulatio certæ quantitatis interpoſita eſt, nulla incerti actio in eam rem competit, id eſt neque præſcriptis verbis, neque ex ſtipulatu quamuis ea quantitas in locum eius quod intereſt ſubrogata ſit, Quantò facilius admittendum eſt in ea ſpecie quam tractari à Papiniano noſtri putant, id eſt in qua dominus velit petere æſtimationis pecuniam in vicem eius quod intereſt, nulla licet de ea re interpoſita ſtipulatione, non actioni incerti Præſcriptis verbis locum eſſe debere, ſed condictioni certi? Quare ad rem non facit quod opinionis ſuæ confirmandæ gratia ſubiungit Cuiacius, quòd dicta hominis æſtimatione non poſſit id quod intereſt egredi æſtimationem. Illa enim ſemper differentia manet inter id quod intereſt non æſtimatum & æſtimationem dictam, quòd illud ſemper incertum eſt, hæc ſemper certa. Neceſſe igitur eſt illud actione incerti ſemper peti, hoc verò condictione certi. Quamquam nec illud verum eſt quod Cuiacius habet pro vero, facta hominis æſtimatione id quod

intereſt

intereſt eam æſtimationem egredi non poſſe. Id enim verè quidem diceretur ſi æſtimatio facta eſſet ad taxandum id ipſum quod intereſt, vt *in d. l. vlt. De præ-tor. ſtipulat. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri D. de verb. oblig. l. obligationum ferè 44. §. vlt. D. de oblig. & action.* At in ſpecie noſtra ponimus æſtimatum fuiſſe non id quod domini intereſſet, ſi ſeruus non redderetur eo caſu quo nihil de eo per quæ-ſtionẽ compertum eſſet, & ſeruum ipſum ſibi omnimodo reddi dominus vel-let, Sed ſeruum ipſum. Idque non vt eo minùs ſuperiore caſu redderetur, ſed vt ſi fortè perire illum vel debilitari in tormentis contingeret, vel qua alia ratio-ne fieri vt reddi non poſſet, atque ideò ad æſtimationis præſtationem neceſſa-riò decurrendum eſſet, non alio vtique precio quàm quod taxatum eſſet, pete-retur & redderetur *d. l. ſi inter 21. Cod. de iur. dot. l. æſtimatus 50. D. ſolut. matr.* Nihil igitur vetat hoc caſu id quod intereſt domini ob non redditum ſeruum egredi conuentam ſerui æſtimationem ſi pluris interſit, quàm quanti ſeruus eſt, vt *d. l. 1. D. de action. empt. d. l. in interdicto 6. D. vnde vi & De vi armat.* Addit Cuiacius Eſſe indiſtinctè actionẽ Præſcriptis verbis ſiue dominus initio dederit ſeruum cum effectu, ſiue tradiderit tantùm & poſteà pecuniam elegerit, quòd electa pecunia ſeruum dediſſe videatur. Rectè quidem ſi agatur ad id quod intereſt ob id quòd redditus non ſit ſeruus. Sed malè falſóque eo caſu quo eligatur pecu-nia, & petatur. Et quod ſubiicit, quaſi ex negotio Do vt des, Do ſeruum vt des pecuniam, æquè falſum eſt. Dicendus enim potiùs eſſet contractus Do vt red-das, vt ſuprà monuimus, nec Cuiacius ipſe in ſequentibus diffitetur. Idem quæ-rit, Cur in propoſita ſpecie non detur actio ex vendito, & quod effectu idem eſt, Cur ęſtimatio non faciat venditionem, Et reſpondet, Æſtimationem eo de-mùm caſu facere venditionem, quo de æſtimatione tantùm reddenda conue-nerit, non de alterutro, vt hîc, inquit, conuenit, Vel ſeruum reddi vel precium, quia id abhorret à condicione & natura venditionis *d. l. plerumque 10. §. vlt. D. de iur. dot.* Verè quidem ſi ad meram iuris rationem referatur, ſed non ſatis ac-commodatè ad ſpeciem noſtram, in qua non poſſis niſi diuinatoriè cum Cuia-cio dicere cõuentum fuiſſe vt vel ſeruus vel precium ſerui redderetur, cùm ni-hil de eo Papin. exprimat, Multò minùs de dãda domino electione, quod ipſum tamen perinde ſupplendum & diuinandum eſt, ne habeat electionẽ reus quam alioquin haberet, vt ſuprà diſputauimus. In ſumma concludit vir doctiſſimus decurrendum eſſe neceſſariò hoc caſu ad actionem præſcriptis verbis quæ ſub-ſidiaria eſt, quod aliæ omnes deficiant, cùm neque ex vendito agi poſſit quia venditio non eſt neq; ex ſtipulatu inquit, quia ſtipulatio nulla interuenit. Quaſi verò extra duas illas actiones nulla ſit quæ poſſit competere ad pecuniam æſti-mationis petendam. Quidni verò condictio certi, quæ competeret vt diximus non actio ex ſtipulatu, vt malè putat Cuiacius, etiamſi ſtipulatio interueniſſet *d. l. ſi quis certum.* Nam quod addit dandam hoc caſu actionem Præſcriptis ver-bis quaſi ex contractu, & negotio ciuili, perinde impertinens eſt. Etſi enim non niſi ex ciuili negotio & ſynallagmate naſci poteſt ciuilis actio Præſcriptis ver-bis, Non tamen naſcitur ex quolibet ciuili negotio, ſed ex eo demùm ex quo ciuilis alia naſci actio nulla poſſit *d. l. 1. 2. 3. & tot. tit. De præſcr. verb.* Sequitur a-pud Cuiacium huiuſmodi conuentionem quam de ſuo ille ſupplet ac commi-niſcitur interpoſitam fuiſſe de ſeruo ipſo vel eius precio reddendo vtrum do-minus mallet, contractum eſſe non pactum. Memor ſcilicet veteris illius per-petuique ſui erroris quo defendit nullum eſſe pactum, quod non ſit nudum, in-uito Papiniano noſtro qui tam apertè ſcribit cum ſe caſum tractare quo non

Digitized by Google

ctam esse, Illud quoque verissimum est, quod nos docuimus in præcedentibus, Ex cõtractu Do vt reddas nulli vnquam condictioni locum esse posse, cùm interposita in eam rem expressa conuentione ad hoc ipsum possit agi actione ex contractu competente vt reddatur quod reddendum est, vel quod interest præstetur. Nec æquum aut necesse sit saluam esse condictionem ei qui expressim sibi cauerit adhibita conuentione ad hoc ipsum consequendum, quod per condictionem posset intendere. Quid enim aliud per condictionem peteret nisi vt seruus sibi redderetur? Atqui hoc ipsum in conuentionem deduxit. Et actio quę nascitur ex contractu hoc amplius habet quàm condictio, quòd expressam habet contrahentium voluntatem: Condictio autem non nisi tacitam *l. is qui 13. in fin. D. commod.* Pateat ergo illi via quam elegit, tametsi agendo præscriptis verbis non sit præcisè consecuturus seruum, quem nec per condictionem sine causa consequeretur si contumax esset debitor in eo reddendo. Nam etsi vindicatione quæ potentior est ad res nostras repetendas, agere vellet dominus, nollet autem debitor parêre arbitrio iudicis iubentis rem restitui, æstimanda necessariò lis esset quanti actor in litem iuraret si prudentibus credimus, aut conscribendus exercitus vt ex Tribonianea iurisprudentia posset ei possessio aufferri manu militari *Ex l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* Sempérque lis æstimanda est in pecunia tùm quoque cùm agitur condictione triticaria, per quam res ipsa præcisè petitur *l. 3. D. de condict. tritic.* siue dandum habeat reus siue tradendum, quia nec dare potest id est dominium transferre, quin tradat & possessionem transferat *l. traditionibus 20. C. de pact.* Traditio autem facti est *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios.* ad factum autem nemo vnquam præcisè obligatur, quia vi & impressione in eam rem opus esset, qua nulla opus est, vt in executione iudicati ex venditione bonorum pecunia quæ litem æstimauit, colligatur, vt alibi nec vno loco scripsimus. Addit alia quædam Cuiacius circa interpretationem *dict. l. penult. D. de condict. caus. dat.* quæ quoniam ex iis quæ suprà diximus iam satis supérque confutata sunt, non erimus in eo refellendo longiores. Piget enim pudétque tam multa reprehendisse in scriptis viri doctissimi, quæ multò libentiùs laudarem si possem. Magnam certè tuo nomini, magne Cuiaci, fecerunt iniuriam illi qui tuas istas recitationes in Papinianum & Paulum aliáque opera posthuma, contrà quàm fieri præceperas, in publicum ediderunt. Quamquam enim sunt in iis pleraque ingeniosa & erudita, sunt tamen etiam multa, ne dicam plura parum diligenter, & incautè scripta, quæ ex docente dictantéque præceptore bona mente excipi nec sine fructu aliquo ab auditoribus potuerunt, A lectore autem quantumuis beneuolo & à posteritate parem gratiam & authoritatem sperare non debuerunt.

Digitized by Google

ANTONII FABRI
I·C·SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXXIIII.

ERROR I.

De certi condictione quam dant interpretes ex obligationibus faciendi.

PRAEFATI sumus in Error 4. superioris Decadis, nihil intolerabilius nobis videri ex iis omnibus quæ ab Accursio & Bartolo circa condictionem certi malè tradita sunt, quàm quod volunt, Certi condictionem competere non minus ad petendum id quod interest, quàm ad petendam certam pecuniam numeratam. Sed cogit tamen rei veritas vt dicamus, Esse illud multò intolerabilius, quod iidem addunt, Etiam ex obligationibus faciendi posse agi condictione certi. Sic enim Bart. *ad l. certi condictio 9. D. de reb. credit. num.* 10. vbi ait, Licèt in huiusmodi stipulationes faciendi non deducatur id quod interest, sed factum solum, Videri tamen etiam id quod interest tacitè deductum. *Ex l stipulationes non diuiduntur 72. vers. Celsus De verb. oblig.* Cui potuit addere *l. quoties 81. eod. tit. l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic.* & alias quàm plurimas in quibus videas in obligationibus faciendi semper id quod interest succedere in locum facti. Perpetuus namque in eo est Bartolus vt putet ad inducendam certi condictionem non esse necessariũ vt illud quod petitur appareat certum ex ipsa pronunciatione, sed sufficere quòd sit certum in rerũ natura, nec sit variabile ex potestate & voluntate debitoris. Quo præsupposito defendit id quod interest licèt incertum sit quod ad nos quousq; per sententiam iudicis liquidatum sit, certum tamẽ esse per rerum naturam, neque ex voluntate debitoris variabile: Atque ita concludit tam id quod interest ob non factum id quod fieri debuit, licèt non nisi tacitè in stipulationem deductum intelligatur, quàm id quod expressè in stipulationem deductum fuit, per certi condictionem peti posse, quasi non minùs hoc quàm illud per rerum naturam certum sit, quemadmodum æquè apud homines ante iudicis liquidationem vtrumque incertum est. Atque ita errorẽ ex errore colligit, nec difficilius aut absurdius esse putat vt certi condictio detur ex stipulatione faciendi, quàm ex stipulatione præcisa eius quod interest. Etsi verò ad traditionem hanc refellendam

ıdam possent illa ipsa sufficere quæ ad priorem errorem refellendum iam ulimus. Lubet tamen diutiùs luctari cum Bartolo, præsertim quia hucusque c ad ratiunculas illas quas adfert, neque ad iuris locos quibus moueri se pro-ɛtur, quicquam respondimus. Ac priusquàm de eius quod interest certitu-ıe vel incertitudine pergam dicere, Illud primùm occurrit quod moneam, & quod non videtur Bartolus attendisse, Obligationes faciendi non ex eo so-ncertas dici, & incertum continere, quòd in effectu fiat ex iis condemna-in id quod interest: Sed ob id etiam quod factum ipsum in stipulationem de-ctum, per se sit incertum, Ita vt iis quoque casibus si qui sunt ex tam mul-quos Bartolus congerit ad *dict. l. stipulationes non diuiduntur*, in quibus ad ɪum faciendum præcisè agi possit, neque debitor obligatione aut præsta-ıe eius quod interest liberetur, non eo minùs fatendum sit & incerti & in-ıam esse stipulationem *l. vbi autem* 75. *§. qui id quod eod. tit.* vbi Vlpianus bit, Eam qui id quod in faciendo vel non faciendo consistit stipulatur in-ɪum stipulari. In faciendo, inquit, Veluti fossam fodiri, Domum ædi-ri, Vacuam possessionem tradi, In non faciendo, Veluti, Per te non fieri minùs mihi per fundum tuum ire agere liceat, Per te non fieri quominùs i hominem Erotem habere liceat. Ratio est, quia quod vel faciendum vel faciendum promittitur, non quid præsens sed futurum est, & consequen-ıoc ipso incertum, quia nesciri potest an futurum sit necne, siue inscien-ı nostram inspicias siue ipsam rerum naturam ex verissima Theologorum rorum sententia qui necessitatem fati nullam agnoscentes, negant futu-ɔntingentia fieri necessariò, sed contingenter, tanquam quæ Deus Opt. :. cuius præscientia falli numquam potest, præsciat quidem futura esse sed ingenter tantùm non necessariò. Quamquam autem aliter prudentes no-ensisse videntur qui Stoicorum dogmatibus imbuti fatum in rebus hu-is esse atque omnia posse crediderunt, ideóque nec dubitarunt quin o-ı certa essent in rerum natura, & futura vtique id est omnimodo, & ne-riò fierent vt ex Sabini & Cassij sententia Paulus scribit *in l. sed etsi* 28. *§. ı. D. de iudicat.* Non eo minus tamen existimarunt quoties de futuris tra-tur inscientiam nostram attendi oportere, potiùs quàm latentem illam ræ certitudinem quam nemo sciret nec scire ante euentum vnquam pos-vt supradicto loco ex eorundem Sabini & Cassij sententia Paulus con-r. Nam & ea quæ præsentia sunt, ac proinde certa in ipsa rerum natura, ıen quod ad homines sic incerta sint, vt nesciri queant, perinde habentur mi parte iuris acsi non essent, Puta si qua mulier iam prægnans sit, nec u, quod quotidie euenit, se prægnantem esse adhuc sciat, vt aliàs scri-ıs in interpretatione *l. ventre* 84. *D. de acquir. hered.* Quid enim re-n aliquid non sit, an verò sit quidem, sed ita vt esse omnino nesciatur? ò igitur magis quæcunque futura sunt, pro incertis habenda sunt etiam à rerum natura, quia non modò nondum sunt, sed nec sciri per rerum am potest an futura vnquam sint priusquàm fiant, longè minùs verò lo & qualiter futura sint. Ergo cùm dicimus stipulationem faciendi vel ıciendi esse incerti, non tam respicimus ad condemnationem eius quod ɛst quæ sequi potest ob non factum id quod fieri debuit, quàm ad factum ı quod vel faciendum vel non faciendum est, quippe quod per se incer-um est nulla etiam ad id quod interest facta relatione. Incertum, in-

Digitized by Google

quam non solùm in se, sed etiam in æstimatione si quis fortè æstimare illud velit. Nam cùm non modò incertum sit, sed etiam nondum in rerum natura sit, quomodo certam æstimationem habere potest? Scilicet nisi a quo tempore desiit fieri amplius posse, Quo demùm tempore æstimatio quidem fieri potest & debet, sed nō tam ipsius facti quàm eius quod interest ob non factum id quod fieri debuit, vel ob factum quod fieri non debuit. Ideóque in *dict. l. stipulationes 72. De verb. oblig.* malo legere *iusta æstimatione facta* quàm vt vulgo *iusta æstimatione facti*. Sic dicimus operas liberti etiam quas promiserit in rerum natura non esse, nec alia ratione quàm quia in faciendo consistunt *l. opera 9. D. de oper. libert.* & ob id neque nisi præteritas peti posse, neque nisi earum æstimationem *l. 3. l. si quando 8. l. quoties 24. eod.* Non est igitur bona consecutio etiam supposito errore Bartoli, de danda certi condictione ad id quod interest, vt ob id danda quoque sit certi condictio ex obligatione faciendi. Nisi fortè quis respondeat pro Bartolo, Non posse agi ex obligatione faciendi quandiu fieri potest id de quo faciendo conuenit *l. si ita stipulatus 14. D. de verbor. obligat.* Sicut & qui operas stipulatus est, ante peractum diem petere operam eius diei non potest *dict. l. 3. de oper. libert.* Postea verò quàm præteriit tempus intra quod fieri potuit & debuit opus, iam agendum esse ad id quod interest & ad pecuniam *dict. l. stipulationes vers. Celsus tamen. l. quoties 81. eod.* Rectè igitur Bartolum ex obligationibus faciendi perinde atque ex obligatione eius quod interest certi condictionem dedisse. Verùm captiosa responsio est, Nam cùm is qui non fecit opus intra tempus quo fieri debuit, purgare moram possit etiam inuito stipulatore in tempus vsque litis contestatæ vt disertè scriptum est *in l. si insulam 84. de verb. oblig.* quis non fateatur permittendum esse stipulatori vt post tempus illud elapsum agat etiam in hoc vt quod promissum est fiat, dummodò non præcisè in id agat, sed relicta debitori electione præstandi eius quod interest si id malit. An verò æquè permittendum ei erit vt agat condictione certi? Minimè. Non solùm quia vtrunque actionis alternatiuæ caput persequitur rem incertam, sed etiam quia tametsi posterius actionis caput certum esset, prius tamen quod ad factum, & consequenter ad rem omnino incertam pertineret, vtique certi condictionem non pateretur. Et sanè quantum intersit an de faciendi obligatione loquamur, an de obligatione & præstatione eius quod interest quæ succedit in locum obligationis facti, vel ex eo intelligi euidenter potest, quod faciendi obligatio indiuidua est, adeò vt eius diuisio corrumpat stipulationem, nec quicquam prosit si duntaxat pro parte factum sit, quod nisi in solidum fieri non potuit *dict. l. stipulationes 72. dict. l. in executione vers. secunda. eod. tit.* At obligatio eius quod interest quæ succedit in locum obligationis faciendi quoniam consistit in pecunia numerata diuidi commodè potest. Id enim est quod Tuberonem existimasse Celsus refert, nec ipse improbat, Vbi quid fieri stipulamur si id factum non fuerit, pecuniam dari oportere, Ideóque etiam in hoc genere diuidi stipulationem, Cui consequenter addebat Celsus, Iusta æstimatione facta dandam & diuidendam esse petitionem. Apparet igitur non esse bonam ratiocinationem Bartoli ab obligatione eius quod interest ad obligationem facti, Nec magis inferri posse quod facti obligatio sit certi ob id quòd succedens in facti locum obligatio eius quod interest, certa sit, etiamsi hoc maximè Bartolo largiamur, quàm si ex eo quòd obligatio eius quod interest

rest diuidua est, inferre quis vellet, Ergo ipsam quoque facti obligationem
uiduam esse. Proinde nec illa consecutio bona esse potest vt ex faciendi obli-
itione dari debeat certi condictio ad factum, quia & daretur si Bartolo cre-
mus ad id quod stipulatoris interesset. Estque longè certius, & expeditius
cere, Neutro casu posse condictionem certi competere, id est neque ad
ctum neque ad id quod interest, quia vtrumque omnino incertum est, sed
ud magis.

ERROR SECVNDVS.

De incerto quod fit certum per taxationem iudicis.

DICES cum Bartolo, Non quidem ex pronunciatione ipsa apparere certum id quod interest, sed tamen non eo minùs certum esse per rerum naturam, cùm liquidari & taxari possit per iudicem: Hoc verò sufficere vt certum dici possit, & ad inducendam certi condictionem. Atque hæc quidem præcipua Bartoli ratio est, quam vbi diluerimus, confecta res :. Primùm verò respondeo, Nulla iuris parte, nullóque iuris loco pro-
i posse, quod sibi fingit Bartolus, Certum quid esse ob id solùm quod cer-
i fieri possit à iudice. Aliud enim est, Certum quid esse, Aliud verò lon-
Posse quid fieri certum præsertim si addas *à iudice.* Non enim certum
uc est quod certum, fieri potest, nec magis possunt ista confundi quàm
illa instantia quæ Physici vocant In fieri, & in facto esse. Fateor vt cer-
quid verè dici possit, non esse necessarium, vt ex pronunciatione ipsa ap-
at, quid, quale, quantúmque sit, sed sufficere vt de eo constare possit per
:ionem ad quid aliud certum *l. certum.6. D. de reb. cred.* Sed hoc conten-
elationem illam certam esse debere, id est ad eam rem fieri quæ ipsa iam
i sit in rerum natura. Alioqui nemo nisi stultè dixerit posse certum quid vel
vel fieri per relationem ad aliud quod sit æquè incertum. Quomodo de
atione scripturæ quæ fit per comparationem literarum scriptum est *in leg.*
arationes 20. Cod. de fid. instrum. Atqui relatio quæ fit eius quod interest
xationem faciendam à iudice non est huiusmodi. Est enim omnino in-
im etiam in ipsa rerum natura quantum bonus iudex taxaturus sit, non
solùm quod futurum illud sit, futura autem omnia per se ipsa sint incer-
t iam sæpius diximus, Sed etiam quia pendet taxatio illa partim à iudicis
:io, cuius est probationum momenta fidémque tanti æstimare quanti es-
auerit, Partim à lubrico fidei testium, quorum est probare an & quanti
it: Quod ipsum adeò incertum est, vt plerunque per inopiam probationũ
od multò pluris reuera interest, ad longè minorem summam deducatur *d.*
De prætor. stipulat. Nec video cur facilius possit admitti quod tamen Barto-
eri cogitur, Certũ dici nõ posse quod pro arbitrio debitoris est variabile.
vbi an'e 75. §. qui illud aut illud. D. de verb. obl. quàm quod ego perinde ad-
dũ esse volo, Certũ in rerũ natura dici nullòmodo posse, quod pro arbitrio
dicis siue testium variari quandoq; possit. Perinde namq; incerta sunt o-
quæ ex hominum voluntate pendent, Sed illa maximè quæ ex Iudicis sen-
quam inter casus fortuitos ponere ac enumerare, nec abs re nostri sole-

tùm quoque cùm de iure tantùm quæstio est, à quo citra iniuriam recedere iudex non possit *l. eo tempore* 50. *D. de pecul. l. si per imprudentiam* 51. *D. de euict. l. exceptione* 67. *D. de fideiuss.* Quantò magis cùm facti quæstio est, quæ non potest non esse in arbitrio & religione iudicantis *l. 1. §. 1. D. ad Turpill. l. ordine* 15. *D. ad municip. l. voluntatis* 7. *Cod. de fideicom.* Vnde est quod vulgo iactatur, Exitum iudiciorum & euentum ipsius quoque executionis iudicati incertum esse *l. quod debetur* 51. *D. de pecul.* Porrò an & quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistit *l. quatenus* 24. *De regul. iur.* Nihil ergo dici absurdius potest quàm quod vult Bartolus. Id quod interest posse in ipsa rerum natura ideò certum esse quod per iudicem taxari & liquidari queat, nec sit ex voluntate & arbitrio debitoris variabile. Quamquam nec hoc quoque verum est, Cùm si creditor cuius reuera interest pluris, dicat longè minoris sua interesse, cogatur iudex voluntatem sequi creditoris, ne alioqui fatuus sit si quid ei vltra petita adiudicet, Et è contrario sequi voluntatem debitoris, si cùm non interesset creditoris nisi in centum, fateatur debitor siue per errorem, siue donandi animo, interesse ducentorum. Quid enim aliud pronunciare iudex possit, quàm quod inter litigatores ipsos conuenerit? vulg. *l. si conuenerit* 26. *D. de re iudic.* Bartolum sine dubio illud fefellit, quòd æstimationem eius quod interest similem putauit æstimationi cæterarum rerum, quæ licèt per iudicem ex proborum virorum testimonio & arbitrio facienda sit, nō eo minùs tamen certa esse creditur, adeóque per certi condictionem peti posse. Inde namque est quod pro mercibus quoque certi condictio locum habet cùm sic petuntur vt earum æstimatio in iudicium deducenda sit, id est nisi si quando per triticariam petantur *l. vinum* 22. *D. de reb. cred. l. vltim. D. de condict. tritticar.* Sed quàm mala peruersáque sit hæc Bartoli collectio ex eo intelligimus, quòd cæteræ res omnes quæ sui natura certæ sunt, certam quoque in ipsa similiter rerum natura æstimationem habent, non ex iudicis aut alterius cuiusquam hominis arbitrio & voluntate quæ semper incerta est, metiendam, sed ex communi hominum opinione, quæ semper certa est, quia non tempus futurum respicit, sed præteritum, cuius incertitudo nulla esse potest *l. precia rerū* 63. *D. ad leg. Falc. l. si seruum* 33. *D. ad leg. Aquil.* Nihil enim aliud est precia rerum ex communi hominum opinione constituere, quàm illud inspicere quanti antea vendi solitæ sint res eiusdem qualitatis & condicionis, In quo nihil est quod possit dici variabile pro arbitrio & voluntate hominum, in quorum scilicet potestate non est, vt quæ iam facta & hoc ipso certa sunt, pro infectis incertisque habeantur. Proinde mirum non est certi condictione peti etiam æstimationem illam mercium quæ per viros probos facienda sit, quia licèt hoc ipso incerta videatur, quòd facienda needum facta est, Certa tamen est quoniam fieri debet ex præteriti temporis comparatione, habitáque relatione ad ea, quæ iam facta sunt. Ob eámque causam dicimus fieri non posse vt rei quæ per naturam certa est, incerta sit per rerum naturam æstimatio. Ad id quod interest nihil omnino certi habet, propter quod eius quoque æstimationem certam possis dicere, quia priusquàm taxatum sit nullis finibus certis concluditur, cùm pendeat totum ex facti circunstantiis, quæ numquam adeò similes aut eædem sunt, vt ex præteritis taxationibus coniectura sumi possit nedum probatio, quanti æstimandum sit id quod interest, de quo hodie quæritur. Nec quod per sententiam iudicis certificari possit, vt Bart. loquitur, facere potest vt pro certo haberi debeat priusquàm certificatum sit. Ideóque nimirum vix est vt propter pecuniam fiat vnquam

Digitized by Google

quam condemnatio eius quod intereſt, niſi cùm certo loco vel tempore fuit debita, quoniam alioqui facilè excreſceret in infinitũ æſtimatio eius quod ratione pecuniæ intereſſet ſi nulla vel loci vel temporis circunſtantia debitum coarctaretur *l. nummis 3. de in lit. iur.* ex eáque cauſa induci neceſſe fuit vt vſura pecuniæ vice eius quod intereſſet præſtaretur & quidem ad certum vſque modum, vltra quem nulla maioris lucri quod inſuper ex pecunia ſperari potuit, ratio habeatur, cuius tamen rationem in æſtimãdo eo quod intereſt haberi oportetet *l. ſi commiſſa 13. D. rat. rem hab.* Mouetur autem Bartolus vt tam improbabilem Accurſij opinionem tueatur ex eo potiſſimùm quod ſcriptum eſt *in d. l. certi conditio*, Etiam ex lege Aquilia certi condictionem competere, Cùm legis Aquiliæ actio detur ad intereſſe *l. ait lex 21. in fin. & ſeqq. l. liber homo 37. & paſſ. D. ad leg. Aquil.* Inde namque infert, Ergo etiam ad id quod intereſt, certi condictione agi poſſe. Nec animaduertit, ex verbis legis Aquiliæ actionem nõ dari niſi ad æſtimationem Quanti plurimi eo anno res fuit, Anno inquam retrorſus computato. Aut in triginta diebus proximis præteritis, Quæ æſtimatio cùm ad præteritum tempus referatur, ſemper vt dixi certa eſt, Fieri verò per interpretationem quam prudentes adhibuerunt ad eam legem vt non ſolum perempti corporis æſtimatio habenda ſit, ſed etiam ſi quid præterea damni perempto eo corpore illatum nobis fuerit, vt Iuſtinianus ſcribit *in §. illud non ex verbis. Inſt. de leg. Aquil.* quod tamen non ſemper contingit. Rarius enim illud eſt, ideóque verbis legis Aquiliæ omiſſum vt ſolent aptari verba legum, ad ea quæ ſæpius eueniunt, non ad ea quæ rariùs. Quod ergo dicimus etiam ex lege Aquilia competere certi condictionem, ad eos caſus referendum eſt quibus agatur ad rei æſtimationem & ex ipſis verbis legis Aquiliæ, non ad eos quibus agatur vtili actione legis Aquiliæ quæ ex prudentum interpretatione deſcẽdit ad id quod intereſt, vt ex iis quæ ſequenti capite dicemus clariùs intelligetur. Non enim ſi verum eſt vt eſt Poſſe certi condictionem competere ex lege Aquilia ſcilicet cùm certum petitur, ſtatim cõſequens ſit vt quoties agitur ex lege Aquilia etiam ad id quod intereſt certi condictio locum habere debeat, Cui certum eſt locum eſſe numquam poſſe niſi cùm certum petitur, In quo genere id quod intereſt quia ſemper incertum eſt numquam continetur. Concludamus igitur quod & plerique interpretes contra Accurſium & Bartolum iam ante nos diſputarunt, Siue id quod intereſt expreſſim & per ſe in actionem deducatur, ſiue tacitè & in conſequentiam vt euenit in omnibus faciendi obligationibus, Certi condictionem ex ea cauſa locum habere numquam poſſe. Nec magis vrget quod pro ſententiæ ſuæ confirmatione adducit Bartolus, Ad certi condictionem exercendam non eſſe neceſſarium vt certa quantitas exprimatur in libello, id eſt vt illud quod petitur appareat certum ex ipſa pronunciatione, Quod ille probat ex *d. l. vbi autem 75. §. illud De verb. obligat.* Vbi ſcriptum eſt certum in ſtipulationem deductum intelligi, cùm quis ſtipulatus eſt triticum, quod eſt in horreo, aut pecuniam quæ eſt in arca, cùm tamen non ex pronũciatione ipſa ſed tantùm per relationem certum ſit in rerum natura, quod in ſtipulationem deductum eſt. Fateor enim certi condictione peti poſſe id quoque quod non niſi per relationem ad aliud ſit certum, quia nimirum idipſum quoque certum eſt, Sed nego quod Bartolus aſſumit pro vero, In rerũ natura certum eſſe id quod intereſt, quomodo certum eſt per rerum naturã quid & quantum ſit in arca vel in horreo. Nam aut nihil omnino in rerum natura incertum eſt, aut certè incertiſſimum eſſe fatendum eſt id quod intereſt. Quòd ſi etiam is

Digitized by Google

qui decem vel hominem ſtipulatur incertum ſtipulari intelligitur, niſi electionem ſibi conſtituerit quia licet certa ſit vtraque res, quæ huiuſmodi obligatione alternatiua deſignatur, incertum tamen eſt vtram reus electurus ſit *d. l. vbi autem §. qui illud aut illud.* Quantò verius eſt incertum in ſtipulationem deductum intelligi ſiue quis expreſsè, ſiue tacitè id quod intereſt, ſtipuletur. Nam & ex eo Bartolus colligit, nec malè, Incertum eſſe quod ex voluntate & arbitrio debitoris eſt variabile, quantumuis alioqui per ſe certum id eſſe videatur. Sed in eo ſtatim errat manifeſtè, quod putat, E contrario certum eſſe quicquid non eſt variabile pro arbitrio debitoris, Quod non ita eſt. Quicquid enim per rerum naturam incertum eſt, non ex eo ſolo certum fieri aut dici poteſt, quòd ex arbitrio debitoris non ſit variabile, ſed ad ea tantùm quæ in rerum natura & per ſe certa ſunt hæc diſtinctio pertinet. Sola enim variandi facultas facit incertum quod alioqui per ſe certum eſt, At non viciſſim ſola negatio, vt ita dicam, potentiæ variandi facit certum id quod iam per ſe incertum eſt.

ERROR TERTIVS.

De neceſſitate vel vtilitate certi condictionis generalis.

ETsi negat Bartolus neceſſitatem vllam fuiſſe introducendæ certi condictionis generalis, quòd putet numquam actionem illam competere quin ſpecialis aliqua competat, Quod à nobis iam ſatis ſupérque confutatum eſt in tertium huius Decadis errorem, Admittit tamen cùm Accurſio ſubeſſe cauſam vtilitatis propter quam induci ea actio debuerit. Vtilitatem verò illam, quia in quo conſiſtat non facilè comminiſci poteſt, totam in eo conſtituit, vt ſi quis fortè velit contra furem agere ad duplum, vel ad quadruplum ſic tamen vt eius famæ & exiſtimationi parcatur, certi condictione generali aduerſus eum agere debeat ad pœnam dupli, vel quadrupli, non autem actione furti, quæ alioqui in eam rem competeret, quoniam inquit actio furti infamaret, Condictiones verò numquam infamant tametſi maximè ex famoſis cauſis pendeant *l. ceſſat 36. D. de obligat. & action.* Nec ſanè dici poteſt qua in re alia huius actionis vtilitas verſetur. Nam ſi actio illa ſpecialis quam ſemper ſubeſſe vult Bartolus, tanquam præexiſtentem materiam ex qua oriri poſſit, hæc certi condictio generalis, vt idem Bartolus loquitur cùm defendit actionem hanc natiuam eſſe non datiuam, temporalis fortè fuerit non perpetua, fatetur Bartolus temporalem quoque non perpetuam fore certi condictionem illam generalem non perpetuam. Quippe quæ licèt ciuilis actio ſit & ob hoc ipſum perpetua ex ſui natura *l. 2. Cod. de conſtit. pecun.* in eius tamen locum quæ temporalis fuit ſubrogata eſſe videatur ideóque naturam eius ſapere, vt loquuntur, & induere debeat ex *l. ſi quis eum 10. §. qui iniuriarum D. ſi quis cantion. l. in duobus 28. §. exceptio D. de iureiur.* Atque ita etiam Accurſius ante Bartolum tractauit: Quamuis vterque parùm ſubtiliter, vt mihi quidem videtur. Non enim poteſt dici condictio iſta certi ſubrogata in locum alterius ſpecialis ex eadem cauſa competentis, cùm tam citò competat condictio quàm alia illa ſpecialis, ob idque perinde natiua ſit non datiua, ideóque poſſit etiam prior exerceri ſi id malit is

qui

qui aliam specialem proponere posset si vellet, Quo casu haud dubiè alia illa specialis actio per certi condictionem generalem consumeretur, Sicut è contrario certi condictio per aliam specialiorem priùs propositam omnino consumitur *dict. §. exceptio in fin.* Ergo quemadmodum actio mandati, negotiorum gestorũ, societatis & similes de quibus agitur *in dict. §. exceptio.* non ideirco possunt dici subrogatæ in locum certi condictionis generalis quod propositæ sint antè condictionem quæ prior proponi potuisset, quamuis ita fiat vt aliæ illæ specialiores actiones consumantur, Ita neque subrogatam dicere possumus certi condictionem quam vocant generalem in locum aliarum quæ per ipsius electionem consumuntur, si quandoque prior illa proponatur ab imprudente actore qui malit actione stricta, quàm bonæ fidei iudicio experiri. Subrogata enim propriè dicenda est illa actio, non quæ prior exercetur, posthabita alia quæ perinde ab initio eligi posset, sed quæ posterior nascitur ex alterius quæ prior competiit extinctione, vt *in dict. §. qui iniuriarum,* quod hîc non euenit, neq; in specie *d. §. exceptio* Sed & in eo mihi valde errare nostri videtur, quòd supponunt posse fieri vt certi condictio competat ex aliqua causa ex qua possit alia etiam actio competere quæ sit temporalis. Cùm enim ius totũ Pandectarum non alias temporales actiones agnoscat, quàm quæ ex Prætorum vel Ædilium iurisdictione proficiscuntur, quia quæ ex contractibus vel ex legibus, vel ex Senatusconsultis nascuntur omnes sunt vt ciuiles ita perpetuæ *dict. l. 2. C. de constit. pecun.* Nisi quod à posterioribus Imperatoribus factæ sunt temporales vt Iustin. docet *in tit. Inst. de perpet. & temp. act.* Consequens est vt fatendum sit non aliter posse condictionem certi generalem concurrere cum alia actione temporali, quàm si cum prætoria vel ædilitia actione aliqua concurrat: Quod tamen nec euenit vnquam nec euenire potest, quia non nisi deficientibus actionibus & remediis ciuilibus comparatæ sunt actiones prætoriæ, Nunquam autem deficeret actio & auxilium iuris ciuilis eo casu, quo competere posset certi condictio, quæ semper & omni casu ciuilis est, numquam honoraria. Qua de causa Vlpianus *in l. certi condictio 9. D. de reb. credit.* etsi præfatur certi condictionem generalem competere ex omni causa & ex omni obligatione ex qua certum petitur. Subinde tamen hanc rem totam exemplis & ampliore interpretatione explicans, addit siue ex contractu certo vel incerto, siue ex testamento, id est ex lege duodecim tabularum quæ testamentarias voluntates confirmauit, siue ex lege Aquilia, siue denique ex Senatusconsulto certum debeatur, Nec adiicit quod alioqui adiiciendum omnino fuerat *siue ex edicto Prætoris,* vt intelligamus numquam condictionem certi competere ex ea causa quæ ex solo Prætoris edicto proficiscatur. Vnde illud etiam factum puto, vt non tam generaliter dixerit Vlpianus competere hanc actionem quoties certum quid ex testamento petitur, sed multò specialius *si ex legati causa,* Scilicet ad excludendam causam fideicommissi, quoniam fideicommissa nullo iuris ciuilis vinculo continentur, sed sola tuitione & iurisdictione Prætoris conseruantur *l. 3. D. si vsusfruct. pet. & Instit. Tit. De fideicom. hered. & De codicill.* Nisi cùm tractamus de fiduciaria hereditate quæ restituta sit ex senatusconsulto vel Trebelliano, vel Pegasiano, quia eo casu actiones omnes ciuiles, quamuis non nisi vtiles transeunt in fideicommissarium, non tam iure fideicommissi quàm potestate senatusconsulti *l. 1. tot. tit. D. ad Senatusconf. Trebell.* Quòd si Senatusconsulti authoritas nulla interueniret, vtique nec certi condictionem ex ea causa competere Vlpianus admitteret, Alioqui de

hereditate qualibet ex solo fideicommisso restituta loqui debuisset, non de sola illa, quæ ex Senatusconsulto. Rursum verò cur de hereditate tantùm non etiam de fundo ex singularis alicuius fideicommissi causa restituto? Nisi quia senatusconsultum nullum factum est de confirmandis singularibus fideicommissis, ex eáque causa transferendis vtilibus iisdémque ciuilibus, quæ heredi competebant, actionibus, sed tantùm de fideicommissariis hereditatibus. Sed hoc obiter dictum sit. Nam quod ad propositam disputationem pertinet, Sufficit habere nos ex ipsius Bartoli & Accursij confessione, Nullam esse vtilitatem condictionis certi generalis quantum ad hoc vt actio illa specialis quæ vltra condictionem competit, ex temporali fiat perpetua. Sicut & subinde admittit idem Bartolus post Accursium, In eo plerumque minùs vtilem esse condictionem istam certi generalem quàm aliam actionem specialem ex eadem causa competentem, Vt puta si detur ex causa legis Aquiliæ. Fatetur enim Bartolus quod & verissimum est, Non quemadmodum principalis actio legis Aquiliæ per inficiationem cresceret ad duplum vsque, ita & posse hanc crescere vt vllo casu ad duplum detur, Non magis quàm petitio hereditatis quæ ex causa legis Aquiliæ contra hominis occisorem exercetur *l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus D. de hered. petit.* Denique etiamsi maximè detur certi condictio ex ea causa ex qua posset competere specialis actio bonæ fidei, quomodo dari eam posse certum est *dict. l. in duobus 28. §. exceptio D. de iureiur.* Non negat tamen Bartolus perinde stricti iuris manere condictionem acsi ex certæ rei stipulatione, alióve quolibet stricti iuris contractu nasceretur, Tamquam quæ semper sit stricti iuris, vt cæteræ condictiones omnes, quarum nulla enumeratur *in §. actionum. Instiut. de action.* Nullam ergo vtilitatem hoc casu actori præbere certi condictio potest, cùm pleniores semper sint actiones bonæ fidei quàm quæ sunt stricti iuris, Non tantùm ob præstationes quas ex rei mora longè vberiores habent *l. Ædiles 25. §. item sciendum est D. de ædilit. edict.* Sed etiam initio ipso actionis inspecto, Siquidem bonæ fidei iudiciis, doli exceptiones insunt quæ iudiciis strictis numquam ipso iure insunt, vt neque arbitrariis, sed ita demùm si & oppositæ sint ab aduersario & positæ in formula Prætoris *l. sed si ideò 21. D. solut. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de leg. 1. l. Seia 42. D. de mort. caus. donat. l. Papinianus 14. De public. in rem act. l. sumptus 40. l. emptor 65. D. de rei vindicat. l. vltim. D. de petit. hered.* In quo etiam errat Bartolus, qui non aliam rationem adfert cur in condictionem certi generalem non veniant ea omnia quę venirent in actionem bonæ fidei, Quàm quia non adsumit naturam alterius actionis in cuius locum datur, in iis quæ ex post facto acciderent ex mora, sed in his tantùm ad quæ illa actio primordialiter, vt ipse loquitur, competebat, Quasi verò nulla sit inter bonæ fidei, & stricti iuris actiones differentia nisi ratione eorum quæ ex postfacto contingunt, & officium iudicis in bonæ fidei actionibus ex rei mora inducunt. Ex his igitur intelligimus Bartolum cùm scripsit vtilitatem condictionis certi in eo consistere vt possit quis ea actione duplum vel quadruplum à fure consequi si saluam ei famam & existimationem esse velit, Non exempli tantùm gratia ita scripsisse, Sed quia nihil aliud obseruare & adferre potuit in quo aliqua huius condictionis vtilitas videri posset. At videamus ne hoc quoque non modò falsum sit, sed etiam perabsurdum existimare, Teneri furem ad pœnam dupli vel quadrupli condictione ista generali. Primùm quia nusquam ita scriptum legimus. Nam quod ait Vlpianus *in d. &. l. certi condictio,*

Digitized by Google

dictio. Etiam ex causa furtiua certi condictionem generalem competere, non ad furti actionem referendum est quamuis ea ex furti quoque causa competat, sed ad eam solam condictionem quæ speciali nomine furtiua appellatur, de qua *in Titul. De condict. furt.* Quam dubitandum non est certi condictionem esse, cùm per eam certum petatur semper, quia neque alterius rei quàm certæ furtum fieri potest, cùm non fiat nisi rei mobilis, quæ semper est certa. Itaque non distinguo condictionem furtiuam à condictione certi quæ competit ex causa furtiua, Nisi quòd condictionis furtiuæ nomen puto esse generalius, quàm condictionis certi generalis ex furtiua causa competentis, Quia condictio furtiua potest non tantùm esse certi, sed etiam triticaria si quis fortè corpus ipsum rei furtiuæ persequi velit vt illud ipsum consequatur aut illius futuram æstimationem, siue aliqua in eam rem adfectione motus, siue quòd rem ipsam furto subtractam pluris fore videat eo tempore quo res iudicabitur, quàm fuerit vnquam antea *l. 1. §. vltim. De condict. triticar.* Condictio autem certi numquam potest triticaria esse, nec contrà, quoniam tota specie differt à triticaria, nec conuenit nisi in nomine quod nomen generis est. Proinde non omnis condictio ex causa furtiua condictio certi est, quamuis omnis certi condictio ex causa furtiua nihil aliud sit quàm condictio furtiua, quæ ideo siue certi condictio sit siue triticaria, non alij quàm domino rei competit *l. 1. D. de condict. furt. dict. l. 1. §. vltim. De condict. triticar.* Vnde apparet tantò euidentiùs, condictionem certi generalem nullam esse quæ in iudicium deduci possit sed specialem esse condictionem ex ea ipsa causa speciali, ex qua nascitur condictio. Alioqui cùm rei etiam alienæ furtum fieri possit, quia furtum non dominij sed possessionis alienæ interuersio est, nihil certè vetaret condictionem certi generalem ex causa furtiua etiam non domino, siquidem non eo minùs certum est quod subtractum fuit, quamuis non fuerit actoris. Deinde pœna dupli vel quadrupli qua fur tenetur qui vel manifestus, vel nec manifestus est, legitima pœna est *l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt.* sic dicta quod contra furem statuta sit per legem duodecim tabularum, Atqui non omnimodo à lege contra furem talis constituta est sed eo demùm casu quo ille furti actione quæ ex eadem lege descendit conueniatur. Non enim si quis vindicatione agat, aut condictione quamuis contra furem pœnam illam ideò consequi potest *dict. l. si pro fure §. 1. §. sic itaque. Institut. de action. l. si pignore 54. §. cùm furti D. de furt.* Ergo etiamsi admitteremus quod negamus, condictionem certi generalem ex causa furtiua, aliam condictionem esse, quàm eam quæ speciali nomine furtiua condictio appellatur, Nihilo magis tamen fatendum esset dari eam posse ad pœnam dupli vel quadrupli consequendam, Cùm certi condictio, siue generalem eam, siue specialem velis dicere, nullo casu sit actio legitima descendens ex lege duodecim tabularum, sed ciuilis tantùm & inducta ex mera interpretatione & authoritate prudentum: nec proinde dari ad pœnam legitimam vnquam possit. Quò pertinet quod supradictis locis, aliisque non paucis scriptum est neque actionem furti per condictionem extingui, neque condictionem aut etiam vindicationem per furti actionem consumi, Nec solùm si nuda alterutrius actionis electio facta sit: Sed nec si electæ actionis commodum & effectum actor sit consecutus *l. qui vas 48. in princip. eodem tit. De furt.* Aut si quis non fateatur absurdum esse dari condictionem certi ad pœnam legitimam furti, quæ dupli est vel quadrupli,

Digitized by Google

Quidni etiam idem fateatur in condictione triticaria proposita contra furem? Præsertim si interpretum sententiam sequamur, qui volunt condictionem triticariam dari etiam ad æstimationem rei debitæ, in eáque non aliter quàm in cæteris condictionibus strictisque iudiciis rem æstimari oportere, inspecto scilicet tempore litis contestatæ, vt *in l. vltim. D. de condict. triticar.* Nam qui ex sententia nostra probabunt numquam dari condictionem triticariam ad consequendam rei debitæ æstimationem, sed tantùm ad rem ipsam, licet tandem per sententiam litem æstimari necesse sit. Facilè respondebunt, Ideò non posse dari triticariam ad pœnam dupli vel quadrupli, quia pœna illa semper pecuniaria est: Sed tamen cùm etiam secundum id quod sentimus, semper euenire necesse sit, vt res quæ per triticariam petita fuit, æstimetur per sententiam, & præstetur in æstimatione, siue ante condemnationem debitor rem ipsam præstare nolit, siue dum in ea præstanda moram facit, res perierit *l.3. De condict.triticar.* Quæro cur non eo saltem casu, vt tantò magis mora & contumacia debitoris puniatur, danda sit condictio triticaria ad duplum vel ad quadruplum si quo vnquam casu certi condictio generalis ad eam pœnam dari posset? At quis vnquam dixit excepto Cuiacio quem in superioribus Decadibus refutauimus condictionem vllam esse pœnalem? Aut condictionem furtiuam aliámve vllam quamlibet dari ad duplum, vel ad quadruplum? Plus dico, Condictionem illam certi quam ex causa legis Aquiliæ dari suprà diximus ex Vlpiano *in dict. l. certi condictio §.1.* non solùm eo respectu pœnalem non esse vt ex inficiatione crescat, detúrque in duplum, quomodo datur actio ipsa legis Aquiliæ, Sed neque eo respectu vt detur vnquam supra veram & iustam rei æstimationem, id est Quanti plurimi occisus homo fuit eo anno retrorsum computato. Quæ sola ratio facit vt legis Aquiliæ actio pœnalis existimetur, ideóque nec contra heredem occisoris transeat *§. his autem verbis Instit. de leg. Aquil.* Idque probo ex *dict. l. 3. De condict. triticar.* vbi tractans Vlpianus de seruo mortiferè vulnerato indéque mortuo post moram in reddendo eo contractam cùm per triticariam petitus esset, Ait æstimari eum debere non quanti plurimi fuerit eo anno, sed quanti mortis tempore, nisi quod ἐν πλάτει & paullò latiùs id accipiendum esse vult ne ad exiguam summam ea æstimatio deducatur. Quòd si in certi condictionem veniret serui æstimatio Quanti plurimi, vtique eadem illa venire deberet etiam in condictionem triticariam, eo casu quo ex triticaria condictione æstimatio præstanda est, Cùm hac parte non possit reddi ratio differentiæ cur plenior debeat esse vna quàm altera, vel cur pœnalis condictio certi vt detur ad æstimationem Quanti plurimi potiùs quàm triticaria. Quis ergo effectus erit illius condictionis certi quam competere ait Vlpianus etiam ex causa legis Aquiliæ? Ille vnus nimirum, vt occisi corporis æstimatio vera petatur quæ fuit vel ipso mortis tempore si occisus homo fuerit antequàm peteretur, Vel tempore litis contestatæ si post litem contestatam occisus proponatur, Vel denique eo tempore, quo dari ex obligatione debuit si in diem concepta obligatio fuit, Vt in aliis omnibus iudiciis stricti iuris obseruari solet *l. vltim. eodem titul. l. vinum 32. D. de reb. credit. l. hominem 37. D. mandat. l. 3. §. in hac D. commod.* Non autem vt in condictionem certi generalem veniat tanta æstimatio quanta veniret in actionem legis Aquiliæ, id est etiam ex ea parte quæ faceret actionem legis Aquiliæ pœnalem. Ita enim fieret vt sicut actio legis Aquiliæ
sic

sic & certi condictio generalis hoc casu pœnalis dicenda esset, & consequenter negandum transire illam contra occisoris heredem, quemadmodum nec transit legis Aquiliæ actio ne quidem quatenus rei persecutionem continet. Quod tamen euidenter falsum est. Condictiones enim omnes cùm sint rei persecutoriæ ex vtraque parte tam rei quàm actoris dantur omnes in solidum aduersus heredem, ne furtiua quidem excepta quamuis illa ex delicto detur, vt contra Cuiacium disputauimus pro Vlpiano *in l. in condictione 9. D. de condict. furt.* Superioribus consequens est, vt cùm certi condictio generalis nullam vtilitatem adferre possit in eo in quo vno eam vtilem esse Bartolus credidit, id est quantum ad hoc vt possit ex ea contra furem agi ad pœnam dupli, vel quadrupli, Fateamos oporteat non magis vtilem vllo casu quàm necessariam videri eam posse. Quod si admittas, planè non video cur cum Bartolo agnoscere illam velis, cùm nulla in toto iure nostro alia sit actio, siue ciuilis, siue prætoria, quæ non aut prorsus necessaria, aut aliquo saltem casu vtilis esse possit. Multa alia peccat Bartolus in hoc tractatu De certi condictione generali, quæ quoniam ad scholas magis quàm ad praxim pertinent, cùm praxis non magis quàm ratio iuris ciuilis inutilem vllam actionem agnoscat, nos hìc consulto prætermittimus, alio fortassis aptiore loco reliquos hac de re Bartoli errores refutaturi, fortassis in Rationalibus.

ERROR QVARTVS.

De definitione & vsu condictionis triticariæ.

LONGIVS quàm sperabamus ab instituto tractatu De condictione triticaria recedere nos coegerunt interpositæ quæstiones De condictione certi: Sed prætermitti non potuerunt vel ob hoc ipsum vt quæ de triticaria dicenda erant, meliùs intelligerentur. Est autem multò vtilior tractatus nec insubtilior De condictione triticaria de qua non sicut de condictione certi generali dubitat quisquam vtrum necessaria sit vel vtilis, Adeò exploratum omnibus est non solùm vtilem eam esse, sed etiam necessariam. Nec tamen vllus hodie in praxi eius vsus est, aut vlla ferè mentio, quoniam in quo maximè vsus ille consistat ab interpretibus omnibus hucusque ignoratum est, & consequenter à pragmaticis, qui nihil eorum sciunt, quæ interpretes nostri, quos solos pro antesignanis habent, ignorarunt. Agnoscunt quidem omnes, differre condictionem certi à condictione triticaria in eo, quòd per condictionem certi non petitur nisi id quod certum est, Per triticariam verò etiam res incertæ. Ac proinde per condictionem certi solæ res corporales, Per triticariam verò etiam iura, & res incorporales, vt disertè scriptum est *in l. 1. D. de cond. tritic.* Sed cùm videant etiam triticum, vinum, oleum, & alias huiusmodi merces quas vel nomen ipsum triticariæ ostendit peti posse per triticariam, non minùs in condictionem certi venire, Non possunt animaduertere quid inter vtramque actionem intersit, cùm per vnam petitur quod per alteram quoque peti potest. Neque verò videtur Bartolus hoc casu differentiam vllam agnouisse inter actiones istas nisi ratione materiæ, non etiam ratione potestatis & effectus, cùm ad propositam quæstionem, In quo differant

hæ conditiones, Sine causa, Triticaria, & Certi, nihil aliud respondere potuit, quàm quod iam in præcedentibus refutauimus, Conditionem sine causa esse generalissimam quia competit ad certa & incerta omnia sine vlla exceptione, Triticariam verò generaliorem quia competit quidem ad certa & incerta omnia, sed cum exceptione Præterquàm ad pecuniam numeratam. Certi denique conditionem esse generalem, quoniam ad certa tantùm competit, non etiam ad incerta. Itaque nullam videtur agnouisse vtilitatem nedum necessitatem conditionis triticariæ, propter quam possit & debeat conditio triticaria exerceri potiùs quàm conditio certi si fortè triticum aut quid aliud certum petatur, Vel potiùs quàm conditio sine causa si quid incertum. At Iacobus Cuiacius, vt fuit ingeniosior & subtilior Bartolo, ita nescio quid noui attulit. Scripsit namque in Paratitlis *ad tit. De condict. triticar.* Conditionem illam triticariam in eo differre à conditione certi, quòd per illam petuntur non tantùm res incertæ & incorporales, sed etiam res immobiles. At per conditionem certi quam cum Vlpian. *in l. 1. eodem tit.* vocat actionem si certum petatur, non æquè. Putat igitur non magis fundum per conditionem certi generalem peti posse, quàm rem aliquam incertam & incorporalem. Quod tamen falsum est. Nam cùm fundus Cornelianus aut Lonianus perinde quid certum sit ac Stichus aut Pamphilus, adeóque non minùs quàm certa quantitas pecuniæ numeratæ, ex illa certi diffinitione quam Paulus tradit *in l. certum 6. D. de reb. credit.* vbi ait certum esse non cuius tantùm quantitas, sed cuius etiam species quæ in obligatione versatur aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungitur qualis quantáque sit ostenditur, Consequens omnino est vt non minùs fundus quàm homo certi conditione peti possit, vt idem Paulus scribit *in l. cùm fundus 31. eodem ill. tit.* Quid? quod etiam nummi quos per certi conditionem peti posse nemo dubitat nisi qui Vlpiano apertè refragari velit *in dict. l. 1. de condict. triuc.* sunt tamen incorporales, & tanquam tales opponuntur rebus corporalibus *in l. qui heredis 46. D. de condict. indeb.* Ergo verum non est quod vult Cuiacius, Nullam rem incorporalem per conditionem certi generalem peti posse. Admitto, quod ait vir doctissimus, Iura non posse peti per conditionem certi, sed tantùm per triticariam. At hoc non ideò quia sint res incorporales, sed quia sunt incerta omnia: Non enim an in iure quod consistat, an in corpore spectandum est, cùm de hoc quærimus, An certi conditio locum habere possit, necne, sed an certum sit an incertum: Iura quidem omnia sunt incorporalia, Sed non incorporalia omnia sunt iura, Nummos, siquidem licèt incorporales sint, nemo tamen idcirco benè dixerit esse iura, quia nec ideò dicuntur esse quid incorporale quòd in iure consistant, sed quòd in quantitate, id est quod ei cui debentur nummi non corpora debeantur, sed quantitas, vt idem Cuiacius docet optimè ad *Tit. Inst. de reb. corpor. & incorpor. ex l. si is cui 94. §. 1. D. de solut.* Vtrumque ergo falsum est quod Cuiacius tradit pro vero, Neque immobiles res, neque incorporales per certi conditionem peti posse, Et consequenter falsum etiam illud, Res omnes incorporales peti posse per triticariam, cùm per eam peti non possint nummi qui tamen rerum incorporalium numero, vt diximus, continentur. Alia igitur inter conditionem certi & triticariam differentia adferenda & excogitanda fuit: Eam verò excogitauit idem vir doctissimus abstrusiorem sanè, minúsque obuiam, sed non veriorem, Quòd, inquit, In actione si certum petatur iudex inseruit con-

tractui

tractui arbitrij inops, In triticaria verò rem petitam æstimat habita ratione loci & temporis. Quod si ita est, Vtique fatendum erit condictionem triticariam esse arbitrariam, in eóque maximè differre à condictione certi quæ semper stricta est. Nec enim alia de causa actio de eo quod certo loco dicitur arbitraria adeóque ἱμφατικῶς & per antonomasiam, quàm quia iudicis arbitrium in ea maximè locum habet ad æstimandam vtilitatem loci *l. 1. & tot. titul. De eo quod cert. loc.* Et tamen nemo nescit, & fatentur omnes hucusque, Nullam esse condictionem quæ non sit stricta, Nullam ergo esse arbitrariam. Quæ enim actiones arbitrariæ sunt eæ proprium & speciale genus actionis constituunt, differens ab actionibus bonæ fidei & ab actionibus strictis aut quod idem est, stricti iuris *l. 3. §. in his quoque D. de vsur. §. praeterea Inst. de action.* Neque rursum video quænam hoc casu futura sit differentia inter condictionem triticariam & actionem arbitrariam De eo quod certo loco, quæ in id potissimùm comparata est, vt loci vtilitas habeatur. Non addo *& temporis* quoniam non sicut loci, ita & temporis adiectio facit actionem arbitrariam vt aduersus eundem Cuiacium disputauimus in libris Coniecturarum, Nempe quia cùm longius tempus in breuiore contineatur, hactenus scilicet vt quod Calendis Ianuariis dari debuit multò magis dandum sit Martiis sequentibus, nulla fuit in eam rem arbitrario actio necessaria, cùm directa sufficeret competens ex contractu quantumuis stricti iuris contractus strictáque actio proponeretur. In quo alius viri doctissimi error est, quòd putat in certi condictione generali non posse datum iudicem habere rationem temporis si certum quod petitur dari certo tempore debuerit. Cùm enim tempus sit pars stipulationis *l. 1. §. editione D. de edend.* qui contractus omnium strictissimus est, cogitur iudex de stipulatione datus siue certi stipulatio fuit siue incerti, id est siue condictioni certi, siue actioni ex stipulatu addictus, non minorem habere rationem temporis, quàm cæterarum rerum quæ stipulatione continentur: Vnde fit vt si quis fundum certa die dari stipulatus sit, & fundus ea die non præstetur, consequi debeat stipulator quanti eius intersit moram factam non esse *l. si fundum* 114. *De verbor. obligat.* quamuis in solis faciendi non etiam dandi stipulationibus id quod interest cùm expressè promissum non est peti possit *l. si quis ab alio* 15. *in fin. D. de re iudic. l. quoties quis alium* 81. iunct. *l. stipulationes non diuiduntur* 72. *de verbor. obligat.* Nempe vi & potestate adiectionis diei. Quasi nihil intersit, an quis promittat dari aliquid simpliciter certa die, an verò subiecta pœna eius quod interest nisi id quod conuenit fiat *l. si Calendis* 11. *D. de re iudic.* Rursum si quis Cuiacij sententiam probet, eum fateri necesse est actionem arbitrariam De eo quòd certo loco non posse videri necessariam nisi cùm pecunia petitur alio loco quàm quo dari debuit quia per triticariam peti non potest. Res enim cæteræ omnes præter pecuniam numeratam siue certo loco, siue certo tempore dari deberent, per triticariam peterentur. Quæ cùm sit ciuilis actio, nullum arbitrariæ actioni De eo quòd certo loco, quæ prætoria est locum relinqueret, si maiorem aliquem effectum arbitraria non haberet. Quid enim prodesset additam ciuili actioni prætoriam? *l. 1. De public. in rem act.* Maximè quæ non nisi ex necessitate & vtilitatis causa dicitur à Prætore comparata, Vnde & vtilis appellatur *in l. 1. D. de eo quod cert. loc.* ad differentiam scilicet puræ ac directæ quæ ex ipso contractu datur *§. prætereà & §. loco Instit. de action.* Atqui falsum est arbitrariam De eo quòd

certo loco non competere nisi pro pecunia numerata. Competit enim pro re qualibet quę certo loco dari debuit, si in alio loco petatur, dum ne fundus sit, siue homo sit, siue merx aliqua *l.2.§.si quis Ephes.* iunct. *§. si quis insulam leg. 3. l.si heres 5.l.in bona fidei 7.D.ill.tit. De eo quod cert. loc.* Imò verò præcipua eius vtilitas in mercibus consistit, propterea quòd per singulas regiones earum precia varianrur *dict.l.3.& dict.§.loco*, Vbi additur, quod ad pecuniam numeratam pertinet, cuius eadem semper & vbique æstimatio est *dict.l. 3. & l.3. D. de in lit. iur.* hactenus vtilem esse actionem arbitrariam, quod numni non in omnibus regionibus sub eisdem vsuris fœnetantur, Licèt possit alia etiam interuenire vtilitas actoris si fortè traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus vbi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, & distracta pignora sunt, vel pœna commissa propter moram, vel fisco aliquid debebatur & res stipulatoris vilissimo precio distracta est *l. 2. §. vltim. & l. 4. De eo quod cert. loc.* Ergo vel triticariam vel actionem arbitrariam De eo quod certo loco inutilem fore necesse esset pro mercibus & aliis rebus extra pecuniam numeratam omnibus, quæ certo loco dari deberent: Quod vtrumque tam improbabile est vt non facilè quisquam id admissurus esse videatur. Video tamen, nec sine admiratione placuisse viri doctissimi sententiam doctissimis plerisque nec tantùm Cuiacianis, quod minus esset mirandum, qui in tanti magistri verba iurauerunt, sed etiam aliis qui in cæteris ferè omnibus à Cuiacio dissentire ducunt gloriæ, nec temerè, dum ne absque ratione id facere existimentur. Inter quos Magnus est Gallus, cuius perelegans sanè & peronatus nec inargutus libellus in manus nostras peruenit paullò antè quàm hæc scriberemus. Quem etsi laudare facilius mihi & optatius esset quàm reprehendere pro ea quæ tanti viri eruditioni debetur, obseruantia, non possum tamen facere quin pro veritatis & Iurisprudentiæ nostræ dignitate reprehendam in hac quæstione, & si qua in re alia vlla contra iuris rationem sensisse ac scripsisse mihi visus est, Sed ita vt nos opinionibus magis quàm animis dissentire quilibet facilè animaduertat. Is igitur tractans ex professo & luculenter vt solet cætera, De condictione ista triticaria sic eam diffinit vt sit actio stricta qua petitur res dari habita ratione vtilitatis loci vel temporis propter rem ipsam. Quod ait esse actionem strictam, rectè sanè, & meliùs in eo quàm Cuiacius, qui de ea sic loquitur vt diximus, quasi sit illa arbitraria. Quod addit *qua petitur res dari*, hoc quoque rectè. Est enim hoc commune omnibus condictionibus, etiam furtiuæ vt per eas intendat actor dari sibi oportere *§. sic itaque Institut. de action.* Sed quod subiicit *habita ratione vtilitatis loci vel temporis*, hoc verò equidem cum Cuiacio, sed æquè malè. Nam sicuti vtilitas temporis haberi potest etiam in actione stricta, nec idcirco arbitraria actione De eo quod certo loco agi potest, Non magis quàm ad petendum idipsum quod in stipulationem deductum esset *l.quòd si Ephesi 4. D. de eo quod cert.loc.* vbi duo illi casus æquiparanrur iis verbis *nisi si quid esset stipulatus vel temporis vtilitas interuenerit.* Ita certum est fieri non posse vt qui certo loco aliquid dare promisit, alio vllo loco aut conueniri possit ad idipsum soluendum, aut soluere *l. 1. l. penultim. eod.* Et consequenter necessaria in eam rem est actio arbitraria De eo quod certo loco quæ si non specialiter intentetur, Vtilitas loci haberi nulla potest, quia non tam malè ageret quàm nihil ageret qui alio in loco rem ipsam peteret, quàm in quo fieri solutio deberet, Sicque intelligi debent loci omnes

omnes in quibus scriptum legimus sumendam æstimationem eius loci quo dari res debuit, Scilicet si non eo ipso in loco, sed alibi agatur, Adeóque per arbitrariam De eo quod certo loco quam fatendum est, aut nullo penitus casu aut hoc vno prorsus esse necessariam nisi condictio certi ex mutuo proponatur, vt sequenti capite dicemus. Quod verò idem addit in diffinitione condictionis triticariæ *propter rem ipsam* quo sensu aut qua ratione adiectum sit, non video. Nam etsi temporis & loci adiectio facit, vt tam ex tempore quàm ex loco vtilitatem actoris æstimari oporteat, Non alia tamen vtilitas æstimari potest, quàm quæ circa rem & propter rem ipsam est, non quæ extra rem. Nec si eo iudicio agatur quod sit bonæ fidei & plenissimas eius quod interest, omniúmque accessionum præstationes continet *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem D. de action. empt.* Nam & cùm actio arbitraria exercetur De eo quod cert. loc. licèt omnis vtilitas actoris veniat in æstimationem, Non aliam tamen venire credendum est, quàm quæ ex precij diuersitate nascitur quod ad merces pertinet, non etiam si quid extrinsecus intersit *dict. l. 3. De eo quod certo loco. dict. §. loco Institut. de action.* Sicut & cùm pecunia certo loco dari debuit, non alia vtilitas creditoris æstimatur, quàm quæ ex grauiorum aut leuiorum vsurarum comparatione proficiscitur, Aut si fortè pecunia illo loco dari sub pœna debuit, aut sub pignoribus quæ postea vilissimo precio distracta sint vt diximus *ex l. 2. §. vltim. & l. 3. D. de eo quod certo loco.* Non possunt igitur verba illa *propter rem ipsam* adiecta in diffinitione condictionis triticariæ facere, vt hac parte id est quod pertinet ad æstimandam vtilitatem loci in re quæ certo loco dari debuit, quicquam interesse videri possit inter actionem arbitrariam, & triticariam condictionem. Sed videamus obsecro quis condictionis triticariæ vsus ex hac diffinitione colligatur. Si mihi ex causa mutui vel ex altera causa triticum debeas Calendis Martiis, & Calendæ illæ præterierint, explorabo apud me, inquit vir doctissimus, An mihi expediat condictione triticaria agere an condictione certi: Si hodie pluris est triticum quàm quanti erat tunc cùm dari debuit, agam condictione certi & petam triticum quia saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit, quod & in actione empti obtinere scriptum est *in dict. §. cùm per venditorem.* Si verò hodie minoris est triticum, quàm quanti erat tunc cùm dari debuit agam condictione triticaria & petam cum adiuncta circumstantia temporis *Triticum Calendis Martiis* siue quanti erat tunc cùm dari debuit. Atque ita intelligi vult quod scriptum est *in dict. l. vinum 22. De reb. credit. & in dict. l. vltim. De condict. tritic.* Ac quoniam videt vir doctissimus obiici posse Triticum solum esse in obligatione ideóque non debere condemnationem fieri in pecuniam cùm nemo inuitus aliud pro alio soluere cogi possit *l. vltim. C. de fideic. libert.* Respondet, Si simpliciter triticum deberetur, non aliam actionem competituram quàm condictionem certi, id est [sic enim ille intelligit] ad triticum ipsum, non ad tritici æstimationem. Sed quando debetur cum adiectione temporis *Calendis Martiis* tempus, inquit, partem obligationis facit, & non modò triticum dari debet sed etiam dari Calendis. Quod quia fieri non potest cùm Calendæ illæ præterierint nec reuocari possint, necessariò ad æstimationem veniendum est & soluendum Quanti fuit triticum illis Calendis. Idémque in obligatione condicionali iuris esse ait vt spectandum sit tempus condicionis existentis, quando triticaria condictione agatur. Quid ergo si non certo loco nec certa die aut sub condicione triticum debeatur, sed purè? Petendum est inquit condictione certi nō triticaria. Et tamē si post petitionem

in iudicio diu tractum iudicium est, animaduertẽdum erit iudici an hodie cùm condemnatio fit pluris sit triticum quàm quanti erat tunc cùm dari debuit, hoc est cùm petitum est, Si hodie pluris sit, stricta condemnatio facienda est in triticum quia saltem hodie dandum est quod & olim dari oportuit. Si hodie minoris est quàm quanti erat tunc cùm petitum est, æstimatio facienda est illius temporis ratione habita quo petitum est, Ne alioqui mora debitoris noceat creditori. Sicque intelligendas vult esse leges, quæ ad hanc quæstionem pertinent, id est *dict. l. vinum de reb. cred. d. l. vlt. De condict. tritic. & l. quoties 59. De verb. oblig.*
Quod si ita est, vt hinc confutationem exordiamur, Ergo leges illæ De vtraque condictione intelligendæ erunt, De condictione certi, & De triticaria, De illa quidem quatenus loquuntur de merce purè debita, nullóque adiecto loco vel tempore, De hac verò quatenus loquuntur de merce, quæ certo loco, vel tempore dari debuit. Atquin hoc absurdum est dicere, cùm in confesso sit huiusmodi actiones non tantùm diuersas esse sed etiam adeò inter se distantes vt in qua specie habet vna locum, alia habere non possit. Neque verò earum legum verba patiuntur vt de duplici illa condictione intelligantur. Præsertim autem Vlpiani *in d. l. vinum*, vbi ponit vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum esse. Ergo alterutra condictione vel certi vel triticaria, non vtraque. Et tamen distinctionem adhibet Vlpianus an certo die vinum dari debuerit, an sine diei adiectione, Vt priore casu tanti lis æstimetur, quanti vinum fuit cùm iudicium acciperetur. Posteriore verò quanti eo die quo dari debuit. Proinde siue de condictione certi, siue de triticaria Vlpianum intelligas, fatendum est vtroque casu æquè locum fore siue huic siue illi actioni, & adiectionem temporis posse quidem facere, vt alia sit ineunda rei æstimatio, sed non vt alia actione eam æstimationem peti oporteat. Idémque de loco tractari potest si conuenerat vt certo loco merx daretur vt eadẽ lex probat: Nisi quòd adiectio loci facit, vt alio loco agi non possit nisi per arbitrariam De eo quod cert. loc. quod temporis adiectio non facit.

ERROR QVINTVS.

De differentia condictionis certi ex mutuo & condictionis certi ex stipulatione cùm locus adiectus est, Ad l. vinum 22. De reb. cred. & l. vlt. De condict. tritic. l. aut mutua 6. D. de eo quod cert. loc.

VError tamen ne hac etiam in re hucusque erratum sit. Actio enim illa arbitraria nascitur ex stipulatione qua promissum sit aliquid certo loco dari, siue certum illud sit siue incertum *l. 1. l. 2. §. 1. & pass. D. ill. tit. De eo quod cert. loc. l. vnic. Cod. vbi conuen. qui certo loc. dar. prom.* Nẽpe quia ex stipulatione agi nõ potest cõtra formã stipulationis, nec proinde alio loco quàm in quo solui per stipulationẽ promissum est, Idque siue verbis ipsis stipulationis locus cõtineatur, siue pacto aliquo quod incontinenti adiectũ sit. Nam & pacta incontinenti adiecta stipulationi adeò ei credũtur inesse vt non solũ prosint ad agendum sed etiã formẽt eã ipsam actionẽ quæ nascitur ex stipulatione vulg. *l. lecta 40. vers. dicebã D. de reb. cred.*
l. petens

Digitized by Google

l. petens 27. Cod. de pact. Quo exemplo dicimus, Si quis testamento heredem suum damnauerit aliquid dare certo loco, necessariam esse legatario arbitrariam actionem vt alio loco id peti possit *l. si heres 5. D. de eo quod cert. loc.* quia licèt actio ex testamento easdem ferè præstationes recipiat, quas cæteræ actiones quæ bonæ fidei appellantur *l. in minorum 3. Cod. in quib. cauſ. non est neceſſ. in integr. restit.* fieri tamen nequit, vt actio directa ex testamento competat aduersus id quod verbis testamenti expressum est, nec proinde ad hoc vt vno loco detur, quod in alio dari testator voluit. At cùm quid mutuum datum est, siue pecunia, siue merx aliqua, & adiectum per pactionem siue incontinenti, siue ex interuallo adhibitam, vt certo loco reddatur, non interueniente tamen stipulatione, Dico certi condictionem ex mutuo quæ ex illo contractu nascitur posse sufficere vt etiam alio loco res petatur, neque necessariam esse creditori arbitrariam quæ esset necessaria si certi condictione quæ ex stipulatione nascitur, ageretur. Id verò cùm euenit, perinde habendam esse rationem loci indéque sumendam rei debitæ æstimationem acsi per arbitrariam peteretur. Eámque esse sententiam *dict. l. vinum* vbi manifestum est agi de condictione certi ex mutuo non de arbitraria, ne quidem ex ea parte quæ ait in re æstimanda rationem habendam loci in quo dari res debuit. Non enim vllam agnoscit Vlpianus eo loco differentiam inter adiectionem loci & temporis. Quæ tamen differentia admittenda necessariò est cùm de arbitraria actione tractatur. Qua ratione moueor, vt neque Caij aliam putem esse sententiam *in dict. l. vltim. De condict. triticar.* vbi eadem planè distinctio ponitur ex Cassio, quæ *in dict. l. vinum ex Sabino*, vt fuerunt Sabinus & Cassius eiusdem scholæ authores, & magistri. Sed vnde hæc, inquies, tam noua & ante hunc diem fortasse non obseruata differentia? An quia condictio certi ex mutuo minùs stricta sit quàm condictio certi ex stipulatione certa? Imò potiùs, quia strictior est, non quidem sui natura, sed quoniam per pactum etiam incontinenti appositum de solutione certo loco facienda dilatari non potest, quomodo certi condictio ex stipulatione dilatatur, non minùs quàm stipulatio ipsa ex qua nascitur ea condictio. Inde namque fit, vt qui triticum credidit. Romæ soluendum Capuæ possit agere condictione certi ex mutuo etiam Romæ, acsi nihil de loco conuenisset. Quia sicuti mutuum re tantùm & numeratione aut ponderatione aut mensuratione contrahitur, Ita certi condictio ex mutuo non vltra id quod reuera numeratum & traditum est porrigi potest *l. rogasti 11. §. si tibi D. de reb. cred. l. cùm vltra 9. Cod. de non numer. pecun.* Ergo neque extendi ad id quod pacto comprehensum est, siue de loco, siue de tempore solutionis, siue de qualibet alia re per pactum conuenerit, Non vt idcirco pactum inutile manere necesse sit sine quo non fuerat creditor aut pecuniam aut triticum crediturus, sed vt prodesse tantùm debeat vel ad actionem Præscriptis verbis producendam si pactum fuit incontinenti appositum, & vt loquuntur contractus cohærentia vestitum, Vel ad exceptionem, si ex interuallo. Itaque si conuenerit vt triticum quod Romæ debebatur solueretur Capuæ, siue incontinenti, siue ex interuallo subiecta conuentio sit, & triticum pluris proponatur esse Romæ quàm Capuæ, danda vtique esset pacti exceptio debitori qui ad soluendum Romæ triticum quod ibi pluris esset conueniretur. Quod ne fiat, debet creditor qui condictione certi ex mutuo petit Romæ triticum æstimandum suo precio, eam æstimationem vrgere quæ fuerit Capuæ non quæ Romæ. Sic enim accidit vt nihil tam intersit debitoris an

condictione certi ex mutuo conueniatur Romæ an Capuæ, Cùm vtroque casu nihil nisi tritici æstimatio ab eo petatur, nec alia æstimatio cùm Romæ conuenitur quàm si Capuæ conueniretur. Vt enim effectu ipso nihil interest an quis petat æstimationem tritici an triticum æstimandum, quamuis non æstimatio, sed triticum ipsum quod creditum est peti debeat æstimandum quoties agitur condictione certi ex mutuo, Ne aliud peti videatur, quàm quod est in obligatione, Ita nihil interest an tritici æstimatio quanti Capuæ est, soluatur Capuæ an Romæ, cùm vtrobique soluatur in pecunia numerata cuius eadem potestas est, idémque valor vtroque loco. Quòd si è contrario minoris sit frumentum Romæ quàm Capuæ, non potest quidem debitor conqueri cur Romæ potiùs quàm Capuæ conueniatur, Sed tamen non debet ea res adimere creditori vtilitatem pacti, nec facere vt liberetur debitor eam præstando æstimationem quæ sit Romæ, quia licèt imputari quodammodo possit creditori cur alio loco egerit quàm quo solui triticum debuit. Potest tamen dicere iure id suo se fecisse, cùm æstimationem tritici habere mallet quàm triticum ipsum, Sciret autem nō aliam æstimationem à iudice iniri posse quàm quæ fuisset in eo loco in quo fieri solutio ex pacto debuisset. Nec enim pacto renunciare videtur ob id solùm quod alio loco petat, cùm ea actione vtatur, quæ etiam alio loco proposita perinde tamen pacti & loci conuenti rationem haberi patiatur, acsi eo ipso in loco, qui pacto comprehensus est, exerceretur: quia scilicet non ad rem ipsam præcisè datur vt diximus, sed ad rei æstimationem. At cùm is qui triticum Romæ credidit stipulatus est illud sibi reddi Capuæ, habet quidem perinde condictionem certi ad petendum triticum etiam certo precio æstimandum, At non quasi ex mutuo, sed quasi ex stipulatione quia cùm pecuniam aut quam aliam rē mutuam quis dedit etiam sine stipulatione, & ex continenti fecit stipulationem vnus contractus est isque non mutui sed stipulationis, quemadmodum etsi antè stipulatio facta mox pecunia numerata sit. Non enim vlla actio ex numeratione nascitur, quæ aut post stipulationem quoque subsistat aut per stipulationem nouata dici possit, sed id agitur vt sola stipulatio teneat, magisque implendæ stipulationis gratia numeratio fieri intelligitur *l. si ita fuero 6. §. 1. & l. seq. D. de nouat.* Ergo sicuti pars stipulationis est vt Capuæ non alibi triticum reddatur, Ita fatendum est fieri non posse vt condictio certi quæ ex illa stipulatione nascitur alio loco exerceri possit quàm Capuæ, Nec si paratum se dicat creditor qui petit Romæ, eam accipere tritici æstimationem quæ minor sit Capuæ, quoniam ita ageret ex stipulatione contra formulam & verba ipsius stipulationis, quod fieri nūquam potest, Proinde necessaria est hoc casu actio arbitraria vt alio loco agi possit, quam diximus non fore necessariam si condictione certi ex mutuo ageretur. Atque ita meo iudicio intelligendum necessariò est, quod ex Pomponio scriptum extat *in l. aut mutua 6. D. de eo quod cert. loc.* arbitrariam actionem competere cùm mutua pecunia sic data fuit vt certo loco redderetur, Nempe si data sit mutua interueniente stipulatione vt alia nō possit inde nasci actio quàm condictio certi ex stipulatione. Alioqui posset sanè certi condictio ex mutuo sufficere ad petendam vbique pecuniam quæ mutua data esset. Non enim sicuti dicimus locum & tempus partem esse stipulationis *d. l. 1. §. editiones D. de edend. l. quoties in diem 59. & seq. De verb. oblig.* Ita possis dicere locum & tempus partem esse mutui quod non consensu aut verbis vt pactum & stipulatio, sed sola numeratione & rei creditæ traditione perficitur. Quòd si etiam triticum Romę creditum vt Capuæ redderetur, Romæ nihilominùs peti potest per certi condi-
ctionem

ctionem ex mutuo, æstimandum tamen quanti sit Capuæ, vbi solui debuit *d. l. vinum 22. D. de reb. credit. d. l. vlt. De condict. tritic.* Quidni etiam pecunia mutua quam Capuæ reddi ex pacto oportuit, multò magis Romæ peti poterit, cùm tandem vtroque loco potestatem habeat, & æstimationem. Nec quod nulla stipulationis mentio fiat apud Pomponium *in dict. l. aut mutua* mouere nos debet, cùm appareat nō plenam & integram Pomponij sententiam eo loco referri, sed intercisam à Compositoribus vt cum præcedēte Pauli lege coniungeretur, Nec quisquam nesciat frequentissimum iam olim fuisse vsum stipulationum & in eā præcipuè rem comparatum, vt negotia quibus adhibebātur firmarent, & ex negotio gesto penderent *l. 5. De verb. oblig.* vbi hanc ob causam idem Pomponius scribit conuentionalium stipulationum totidem penè genera esse quot sunt rerum contrahendarum: Maximè verò in mutuo cōtrahendo solitam fuisse interponi stipulationē, constat ex *d. l. 5. §. 1. de nouat.* & *ex l. 6. eod.* quę est eiusdem Pomponij, & ex eius libris ad Sabinum, licèt ex alio eius libro quàm ex quo sumpta *d. l. aut mutua.* Denique non fuit necesse id monere quod iuris erat explorati. Nam inter prudentes constaret actionem arbitrariam De eo quod certo loco, non ex quolibet contractu nasci, in quo locus adiectus esset, sed tantùm ex stipulatione *d. l. 1. & d. l. 2. §. 1. eod. tit.* Nec inducendam vnquam esse nisi ex necesse, Ita vt si ex contractu bonæ fidei aliquid certo loco dari promissum sit nō competat arbitraria quæ non nisi vtilis est, cùm directa quæ ex bonæ fidei contractu nascitur & quæ ipsa etiam bonæ fidei est sufficere possit, vt alio quoq; loco agere liceat habita ratione loci & vtilitatis quam ex loco sperare siue actor reus potuit: *l. in bonæ fidei 7. eod. tit.* Et hæc quidem in vtraque condictione tam quæ ex mutuo quàm quæ ex certa stipulatione competit, sic obtinent. Vtique enim commune illud est vt petatur res certa, sed certo precio æstimāta ac proinde non tam res ipsa quàm certa pecunia numerata, ad quam necesse est em redigi per æstimationem.

ERROR SEXTVS.

Quid in triticaria si triticum quod certo loco dari debuit alibi petatur. Et ad l. si heres 5. D. de eo quod cert. loc.

SED quid in condictione triticaria? Nimirum si in ea ipsa specie quam posuimus de tritico Romæ credito vt Capuæ redderetur, maluerit creditor triticū ipsum petere, quàm per certi condictionem tritici æstimationem? An æquè distinguendum erit, quomodo in certi condictione distinximus, vtrum stipulatio aliqua interuenerit necne? vt sciamus triticaria directa possit competere, An verò necessaria sit arbitraria De eo certo loco? Et quidem si creditor triticariam proponat Capuę & in eo ipso in quo solui debere placuit, dubitationē res nō habet, quin perinde triticaria casu cōpetat ac si nullus solutioni loc⁹ dictus fuisset, Nihil enim facit adiectio loci nisi cùm alio loco agitur, nō aūt cùm agitur in loco destinato *l. quòd si 4. in prin. eod. ill. tit.* Nec cōqueri potest debitor qui ad triticum præcisè agitur in eo loco in quo vt triticū, non vt tritici æstimationē solueret, se obligauit. Sed si alio loco velit creditor puta Romæ idem ipsum triticum petere triticariam, hic verò casus est, de quo dubitari probabilius potest. Mouet ex parte quòd cùm triticaria perinde condictio sit atque condictio certi,

& vtraque stricta, non magis illa quàm hæc videatur impediri posse per adiectionem loci, Præsertim cùm vtraque nascatur ex eodem contractu, Nec in alio ferè differant, nisi quod vt iam toties diximus per triticariam petitur triticum ipsum, Per condictionem verò certi triticum æstimandum certo precio. Sed tamen in contrarium vrget fortiùs ratio illa, Quòd non quemadmodum cùm petitur alio loco triticum æstimandum, potest nihilominùs in eo æstimando haberi ratio loci in quo solui debuit, Ita & cùm petitur per triticariam Romæ quod ex pacto soluendum fuit Capuæ, haberi ratio loci vlla potest, siue pluris siue minoris eo tempore triticum Romæ quàm Capuæ esse proponatur. Triticum enim ipsum omnimodo præstandum est, nulla precij habita ratione, quod proinde fieri non potest salua conuentione quam ponimus interpositam de tritico illo non Romæ sed Capuæ soluendo, Et sicuti fieret iniuria debitori si maiorem æstimationem quæ Romæ esset, soluere cogeretur, ita damnum esset creditoris, si Capuæ triticum pluris esset, quàm Romæ. Sed creditoris quidem damnum esset tolerabile, quia posset imputari ei cur triticaria maluisset agere ad triticum præcisè quàm condictione certi ad triticum eo precio quod Capuæ esset, æstimandum: At quod ad debitorem pertinet, etiamsi hoc quoque possit ei imputari cur non soluerit per se aut per alium Capuæ statim atque præteriit tempus intra quod Capuam peruenire potuit *dict. l. 2. §. qui ita stipulatur De eo quod cert. loc. l. idem erit 60. De verb. oblig.* quasi exinde in mora quodammodo constitutus. Certum tamen est non ideò principalem obligationem augeri posse sed tantùm perpetuari, aut accessionum additamentis fieri grauiorem non autem hactenus vt post moram maior quantitas in obligatione esse intelligatur quàm esset antea. Conuentio autem de soluendo Capuæ tritico quod creditum fuit Romæ, licèt non sit pars mutui, pars tamen contractus & negotij est, cùm certa illa lege pecuniam crediderit, qui non aliàs fuerat crediturus *l. si dominus 8. in fin. D. de præscript. verb.* de cuius sensu & interpretatione tam multa scripsimus in superioribus. Proinde non potest condemnari ad aliud quàm vt præstet triticum Capuæ quod Capuæ dare promisit. Alioqui saltem per pacti exceptionem succurrendum esset debitori, qui Romæ vbi triticum pluris esset, conueniretur. Eóque modo fieret inutilis & inefficax triticaria, etiamsi summo iure competeret, quia non daret eam Prætor nisi sub illa exceptione *si non conuenisset triticum alio loco dari.* Non enim triticũ quod petitur Romæ functionẽ recipit in suo genere pro tritico, quod solui debet Capuę, cùm alia est huius, alia illius æstimatio: Cùm tamen triticum quod Romæ petitur habita ratione loci in quo solui debuit id est quanti est Capuæ, non aliud triticum videri possit, quàm quod esset si in loco ipso Capuæ peteretur, & æstimaretur. Itaq; cùm agitur triticaria vt triticũ quod Capuæ solui debuit Romæ soluatur, nihil prorsus interest an mutui contractus solus præcesserit an stipulationis. Sed omni casu fatendum est adiectionem loci facere, vt triticariæ condictioni locus esse nunquam possit, ideóque necessariò sit recurrendum ad arbitrariam De eo quod certo loco. De qua fortassis hâc ob causam subiunctus est titulus in Pandectis immediatè post *Tit. De condict. tritic.* non post *Tit. De reb. cred. & de cert. condict.* Vt intelligamus triticariam competere non posse si rem aliquam ex iis quæ per triticariam alioquin peti possunt, certo loco dari conuenerit, quam tamen alio loco petere actor velit. Nec est contrarium quod diximus actionem arbitrariam non ex alio contractu nasci quàm ex stipulatione *dict.*

d. l. 1. & l. 2.

Digitized by Google

d.l.1. & l.2.§.1. De eo quod cert.loc. Id enim ita accipiendum est, vt aliis casibus ea actio non competat, si modò talis actio sit, in qua loci qui solutioni dictus fuit, ratio haberi possit. Quod euenire ostendimus in condictione certi ex mutuo *ex d.l. vinum 22. de reb.cred. d.l.vlt. De condict.tritic.* in quibus nemo dixerit tractari de actione arbitraria, de qua in iis verbum nec vnum, quamuis tractent de mutuo sic contracto, vt certo loco redderetur, illiúsque loci rationem haberi maximè velint in debita merce æstimanda. Alioqui dicendum esset non competere arbitrariam pro legato, si quod testator certo loco dari voluit, alio loco petere legatarius velit, Contra quàm à Paulo nostro scriptum sit *in dict.l.si heres 5. De eo quod cert.loc.* nisi sententiam Pauli restringere velles ad eum casum quo esset stipulatio interposita de legato soluendo sua die & suo loco, Quæ olim pro legatis omnibus interponi solebat ex edicto Prætoris, nisi quando à testatore remissa esset *l.1. & tot.tit. D. vt legat.seu fideic.seruand.caus.caneat. l.2.l.5. & penult. C. vt in poss.legat. l.auia 77.§.vltim. De condic. & demonstr. l.cùm filius 76.§.heres meus de legat.2.* Sed hoc magis durum esset, quàm probabile. Etsi non noceret ea interpretatio legatariis aut fideicommissariis, in quorum esset potestate stipulationem ex edicto interponere, aut si promittere heres nollet, in possessionem bonorum mitti ex ea causa, quousque plenissimè & satisdatò cautum esset, si non testator eam cautionem exigi vetuisset. Quo tamen casu, si nollet heres aut non posset vnquam ad eum locum accedere, in quo legatum vel fideicommissum præstare iussus est, consequens fieret vt relictum consequi legatarius vel fideicommissarius numquam posset, ita posito iure, vt quia ex stipulatione non ageret arbitrariam ei denegari oporteret, Cùm tamen nemo nõ videat, etiamsi verba edicti, quæ non habemus ex stipulatione tantùm locuta essent, eandem tamen in hoc casu subesse æquitatẽ quæ mouit Prætorẽ ad eã actionem comparandam, & quæ à Caio exposita est *in d.l.1.eod.ill.tit. De eo quod cert.loc.* Alioqui esset in potestate heredis facere vt testatoris voluntati nunquam pareretur, quod absurdissimum foret *l.cùm res 47. de leg.1. l.quod legatur 38.l.sed etsi susceperit 52.§.1.D.de iudic.* vbi de hoc plura scripsimus in Rationalibus. Vtut sit, constat vtilitatem actionis De eo quod certo loco quæ pro mercibus potissimum comparata esse creditur, non alio casu locum habere posse quàm quo merx ipsa debita præcisè petatur: Cùm actionis necessitatem hoc casu inducat sola illa ratio quòd pro regionum varietate varia sint mercium precia. Quid enim ea preciorum varietas facere posset, si vno in loco ita res peteretur, vt ex alterius tamen loci ratione æstimationem sumi oporteret? At cùm merx ipsa præstanda est, fieri certè nequit, vt non valde intersit alterutrius contrahentium vno potiùs quàm alio loco solui: Siue autem actoris, siue rei intersit, accommodata est actio arbitraria De eo quod certo loco, quæ non propter solius rei, aut solius actoris, sed propter alterutrius vtilitatem comparata fuit, vt scriptum est *in leg.vnic. C.vbi conuen. qui cert. loc.dari promisit.* Melius quàm *in l.2. D.eod. vtriusque*, quæ cùm sit vox collectiua, eo tamen loco distributiuè accipienda est, vt constat *ex l. centum Capuæ 8.* in illis verbis *quanti eius vel actoris interfuerit. eodem titul.* Tantùm igitur abest vt verum sit, quod viris doctissimis placet, In condictione triticaria esse habendam rationem loci & temporis in re debita æstimanda, Vt è contrario numquam possit triticaria competere pro ea re quæ certo loco dari debuit, nisi cùm in eo ipso loco petitur: Quo casu competit quidem triticaria, & res æstimatur quanti eo in

loco est, sed non tam quod ibi dari res debuerit, quàm quòd ibi petatur, quoniam idem locus inuenitur,& in quo dari rem oportuit, & in quo res petitur. Alioqui quomodo daret Prætor condictionem triticariam ad petendam rem *alio* loco, quàm in quo ex conuentione dari debuisset? Nisi subiecta saltem,vt diximus, propter pactum exceptione, *si non alio loco rem dari conuenerit.* Sed cur daret sub hac etiam exceptione quam videat omnimodo competere, vel ex ipsa facti narratione & actoris confessione? Tracto enim casum illum in quo constet ex partium allegatione conuentum fuisse, vt certo loco res daretur. Si enim de hoc ipso inter litigatores apud Prætorem in contestatione controuerteretur, hic verò casus esset in quo dari triticaria posset quidem, sed sub exceptione supradicta, quæ esset vtique hoc casu necessaria propter incidentem facti quæstionem, quæ coram iudice dato tractanda est non coram Prætore. Temporis alia ratio est. Nam & illa merx quæ certo tempore dari debuit, etiam post tempus illud per triticariam peti potest, siue pluris illa sit eo tempore quo petitur, siue minoris, dum ne fuerit antea creditor in mora accipiendi, quia etiam hodie debetur, saltémque hodie dandum est quod iam olim dari oportuit, vt ratiocinatur Paulus *in dicta lege si sterilis 21. §. cùm per venditorem D. de actionib. empt.* Nec habet debitor quòd conqueratur, non solùm si eo tempore quo agitur res minoris sit, quamquam non est probabile creditorem vllum, nisi fatuum eo casu condictionem triticariam electurum pro condictione certi, per quam posset consequi æstimationem, quæ maior fuisset eo tempore, quod destinatum fuerat solutioni, Sed etiam si tùm res sit pluris, quia debet imputare sibi debitor, cur huius periculi & incommodi metu non soluerit ad dictam diem etiam non interpellatus, cùm ignorare non posset futurum,vt quod suo tempore solutum non esset idem ipsum etiam posteà deberetur. Itaque licet in eo diuersa sit ratio loci & temporis, quantum ad condictionem triticariam pertinet,quod non sicut loci ita & temporis adiectio impedit, ne triticaria exerceatur. Nempe quia tempus vnum continetur in alio, non vnus locus in alio loco,In eo tamen conueniunt,quòd in triticaria non maior temporis quàm loci ratio habetur, in ineunda rei debitæ æstimatione, id est ne tùm quidem cùm post tempus quo fieri solutio debuit, triticaria exercetur, Siquidem haberi rationem temporis nihil aliud esset quàm æstimari rem eo præcisè inspecto tempore. Quemadmodum & haberi rationem loci in quo solui debuit nihil aliud est quàm sumi æstimationem quæ sit in eo loco, non quæ vbi petitur.Atquin is,qui agit triticaria,hoc ipso actionis nomine declarat ipsam se rem petere non rei æstimationem:Se igitur sic agere,vt neque temporis neque loci neque alterius vtilitatis rationem haberi velit.Sed quid obsecro improbabilius quàm quod iisdem viris doctissimis placet, Triticariam non posse competere si neque dies neque locus obligationi adiectus sit, id est pro re quæ purè debeatur?Nam si ita esset, An non valde mancus aut imperitus fuisset Vlpianus qui *in d.l.1.& 2.De condict.tritic.*tam exactè tractans casus omnes in quibus triticaria locum habere potest, nullam tamen adiecit mentionem loci, neque temporis: Quod tamen minimè omnium erat prætermittendum, si vtisti volunt tota condictionis triticariæ potestas in eo eluceret, vt vel temporis vel loci ratio haberetur. Sed & *in l. 3. eod. titul.* quæ de condictione triticaria nominatim tractat primis illis verbis *in hac actione*, adeòque quod ad

dispu-

Digitized by Google

disputationem nostram propiùs accedit de hoc ipso de quo nunc quærimus, id est de incunda rei debitæ, & per huiusinodi actionem petitæ æstimatione, Cùm varios casus persequatur, Primum illum quo res adhuc extet post condemnationem, Alterum quo in rebus humanis extare desierit ante sententiam, Tertium quo facta sit deterior post moram, Nihil tamen de tempore quo dari res debuit, non magis quàm de loco. De quibus solis vtique tractandum erat, si sola vel loci vel temporis adiectio triticariam condictionem induceret. Nec est quòd quis respondeat casum hunc qui prætermissus fuerat *in d.l.* 3. subiunctum esse *in l.seq.* quæ est vltima eiusdem tituli, vbi non de alia re agitur quàm quæ ex lege obligationis soluenda fuerit certo loco vel certo tempore. Nam præter id quod semper verum erit, quod nos volumus condictioni triticariæ posse locum esse, tametsi neque dies neque locus obligationis insertus sit, neque alioqui nulla earum legum conciliandarum ratio supersit. Illud etiam apud me constat non de condictione triticaria intelligendum esse dictam *l.vlt.* sed de condictione certi, de qua etiam *d.l.vinum 22.De reb.cred.* vt iam monuimus, & ex iis quæ pro illarum legum conciliatione sequenti capite dicenda supersunt, clariùs intelligetur.

ERROR SEPTIMVS.

De conciliatione l.3.& l.vltim.D.de condiction.tritic.

EX iis quæ De condictione triticaria aduersus interpretum & veterum & recentiorum opiniones disputare cœpimus, apparet iam liquidò, quid nos de condictionis huius diffinitione, vsque sentiamus: Nimirum condictionem triticariam nihil aliud esse quàm strictam actionem per quam intendimus rem ipsam præcisè dari nobis oportere, nulla, siue loci siue temporis habita ratione, & siue res pluris fuerit tempore moræ vel litis contestatæ, siue minoris. Proinde vsum eius totum in eo consistere, vt triticum aut aliud quidlibet extra pecuniam numeratam præcisè petatur, si præuideat creditor auctum iri æstimationem preciúmque tritici vel alterius rei, futurámque rem pluris eo tempore quo in condemnationem deducetur, quàm sit eo tempore quo petitur, id est quo litis contestatio fit. Quemadmodum si è contrario præuideat fore vt decrescat æstimatio, consultiùs multò fecerit si omissa triticaria condictionem certi elegerit quæ competat, siue ex mutuo siue ex stipulatione, Per quam actionem petat verbis ipsis actionis, non eandem rem quæ debetur, & quam peteret per triticariam, sed æstimationem eius, scilicet quanti sit res tempore litis contestatæ, si dies solutioni adiectus non fuerat, Aut quanti eo die de quo dari res debuit si in diem obligatio fuit. Rursus quanti in eo loco in quo petitur, si non conuenerat vt alio certo loco redderetur, Aut si de eo pactum siue incontinenti siue ex interuallo intercesserat, quanti fuit in eo ipso loco in quo solui debuit. Et quidem de condictione certi quin ita ius sit nemo dubitat, Cùm hoc ipsum disertè ab Vlpiano scriptum sit ex Sabino *in l.vinum 22.D.de reb.cred.* Si eos excipias quos suprà refutauimus, qui putant quoties aliqua loci vel tempo-

Digitized by Google

vis ratio habenda est, cessare condictionem certi, ex eâque causa inducendam necessariò esse triticariam. Quis enim non videt Vlpianum eo loco licèt plures casus distinguat de vnica tamen actionis & condictionis specie tractare, Et cõsequenter de condictione certi, de qua & totus ille titulus est non de triticaria. Sed an in triticaria quoque idem ius & eadem distinctio locum habeat, dubitari probabilius potest. Dubitandi autem causa plerisque eadem illa quæ omnibus fuit errandi. Nempe quod idipsum iisdem ferè verbis à Caio scriptum sit ex Cassio *in l. vlt. D. de condic. tritic.* Cùm enim illa Caij sententia sub eo titulo collocata sit, Dici autem soleat vnamquamque legem intelligendam esse secundum verba tituli sub quo posita est, *ex l. Imperator. 16. D. de in diem addict.* non minor ratio facere videtur, vt intelligatur Caius de sola condictione triticaria, quàm vt Vlpianus de sola condictione certi, Siquidem neutrius condictionis mentio nominatim fit aut apud Caium, aut apud Vlpianum. Itaque in hoc interpretes ferè omnes & veteres & recentiores consentiunt, De condictione triticaria intelligi Caium debere, sed cum hoc tamen inter eos discrimine, quòd veteres sic intelligunt de triticaria, vt non minùs accipi velint de certi quoque condictione, quòd nihil hac parte inter vtramque condictionem referre arbitrentur. At recentiores de sola condictione triticaria, quòd existiment in condictione certi neque temporis neque loci rationem haberi vnquam posse, quã tamen habendam esse & Vlpianus & Caius volunt. Nos verò ab omnibus dissẽtimus qui existimamus vtrumque Iureconsultum de sola condictione certi locutum esse, Quod qua fronte negare possint recentiores, difficile est dicere, si verum est quod aiunt, Condictionis triticariæ vsum nullum esse nisi cùm æstimanda est vtilitas loci vel temporis. Cùm is quoque casus à Caio & Vlpiano tractetur, quo neque dies, neque locus obligationi adiectus proponatur. Æstimationem enim hoc casu eam iniri volunt, quæ fit in loco & tempore accepti iudicij: Quo admisso non habent certè quod adferre possint, vt se ab ea difficultate euoluant quæ interpretes omnes tantopere torsit, nec minùs veteres quàm recentiores. Quomodo conciliari possit Vlpianus *in d. l. 3. De condict. tritic.* cum Caio *in dict. l. vlt.* Nam Vlpianus *in dict. l. 3.* scribit apertissimè, In condictione triticaria si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, condemnationis tempus spectandum esse. Non ergo moræ, neque litis contestatæ, vt sequenti capite ostendemus. At Caius in *d. l. vlt.* nullo penitus casu tempus condemnationis spectari vult, sed vel accepti iudicij & litis contestatæ, si neque dies, neque locus adiectus fuerit, vel quo dari res debuit, si diem aut expressam aut tacitam habuit obligatio, Tacitam inquam ex adiectione loci. Sic enim ea lex accipi debet *ex l. quoties in diem 59. & sequ. l. continuus 137. §. cùm ita D. de verbor. obligation.* Scio quàm multæ & quàm variæ ab interpretibus nostris hucusque allatæ sint conciliationes, Sed illud etiam scio, quàm sint omnes improbabiles, quámque bonis rationibus à nobis improbatæ in libris Coniecturarum. Quanquam eo tempore nec nos dicere potuimus id, quod oportebat, cùm hæc ipsa quæ nunc docemus, tùm ignoraremus. Iam verò facilè nos hunc nodum dissoluimus, Vlpianum scilicet *in dict. leg. tertia*, loqui de condictione triticaria sola. De quo non est qui dubitet propter illa verba initio legis posita *in hac actione*, Caium verò *in dict. leg. vltim.* non nisi de condictione certi, Adeóque non de condictione certi qualibet, sed de ea quæ ex mutuo tantùm, non de ea, quæ ex stipulatione. Sed tamen hoc

hoc ipsum quod de Caio dicimus probandum nobis est, cùm & titulus sub quo posita lex fuit, & consentiens vox interpretum omnium interpretationem hanc respuere videatur. Probo autem primùm ex eo, quòd negari non possit, quin sententia Cassij à Caio relata *in d.l. vlt.* ea ipsa sit, quam Vlpianus ex Sabino retulit *in l. vinum 22. D. de reb. credit.* Siue verba vtriusque legis inspicias, quæ eadē pene sunt, sanè eiusdem omnino sensus, siue allatam ab Vlpiano, Sabini: à Caio Cassij authoritatem. Fuit enim Sabini & Cassij vna eadémque schola & doctrina, iidémque eorum Senatores & Sabiniani & Cassiani dicti, ex quorum numero & Vlpianus & Caius fuerunt, quod nec Cuiacius diffitetur, qui hoc ipso argumento motus eandem vtriusque loci sententiam esse admittit. Atqui nihil est apud Vlpian. *in d.l. vinum*, ex quo possis coniicere loqui eum aut sentire de condictione triticaria, Nec minùs huic interpretationi repugnat ratio *Tit. De reb. credit. Si cert. pet. & De cert. condict.* Sub quo lex illa posita est, quàm vt Caij legem positam sub *Tit. de condict. tritic.* intelligas de condictione certi. Fatendúmque est alterutram legem sub alieno titulo collocatam fuisse, Etsi non deest ratio propter quam debuerit ea Caij sententia poni etiam sub titulo de condictione triticaria, Nempe vt ex comparatione eius, quod in lege præcedente Vlpianus scripserat de condictione triticaria, faciliùs dignosci posset in quo ea condictio à certi condictione discreparet, ac quantùm referret an hac an illa potiùs condictione ageretur. Cùm tamen ratio nulla reddi possit cur lex Vlpiani *d.l. vinum* debuerit poni sub *titul. De cert. condict.* Si de sola condictione triticaria, vt recentiores volunt, Vlpianus eo loco sensit. Nec enim triticaria vllo vnquam casu potest, cum certi condictione concurrere, cùm sint planè contrariæ & incompatibiles *d.l. 1. D. de condict. tritic.* sed probo alia etiam ratione & ex ipsis Caij verbis non loqui eum nisi de condictione certi. Posteà probaturus nec de qualibet certi condictione loqui eum, sed de illa tantùm quæ competit ex mutuo. Probo autem ex eo quod tractat de ineunda æstimatione rei debitæ etiam cum loci adiectione. Iam enim ostendi in præcedentibus, condictioni triticariæ nullum eo casu locum esse posse. Sicut neque in qualibet condictione certi obtinet, quod scriptum est *in d.l. vlt.* de ineunda æstimatione rei debitæ certo loco. Sed in ea tantùm quæ nascitur ex mutuo, Scilicet quantum ad hoc quod lex ait, Si certo loco dari merx debuit sumendam esse æstimationem illius loci qui fuerat destinatus solutioni. Nā si poneres agi condictione illa certi, quæ nascitur ex stipulatione de qua *in l. si quis certum 24. D. de reb. credit.* & apud Iustin. initio *Tit. De verb. obligat.* posset quidem ea condictio sufficere ad rem suo loco petendam, cùm & triticaria quoque ipsa eo casu sufficeret, sed non ad rem alio loco petendam, quoniam esset in eam rem necessaria actio arbitraria De eo quod certo loco, Propter illam rationem quam capite quarto attulimus, id est quia non sicut mutuum peti potest condictione certi ex mutuo etiam alio in loco quàm vbi ex conuentione reddi debuit, Ita ex stipulatione agi alio loco potest, quàm qui stipulationi adiectus & insertus fuit. Atqui nemo non videt cum casum tractari à Caio *in dict. l. vlt.* ab Vlpiano *in d. l. vinum.* quo rem mutuam datam petat creditor alio loco, quàm in quo solui eam oportuit. Cùm vtraque lex dicat, Si locus adiectus sit spectandam esse illius loci æstimationem: Si secus, quantum est vbi petitur. Sanè qui *dictam legem vlt. & dictam l. vinum*, sic conciliant cum *d.l. penult. De condict. tritic.* quasi Vlpianus *in d.l. penult.* loquatur tantùm de specie debita, Caius verò *in dict. l. vlt.* de merce cuius alia ratio sit, neutrius legis verba perpendunt. Nam *in dict. l. penul.* cùm initio legis Vlpianus ait,

Digitized by Google

In condictione triticaria, si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, condemnationis tempus spectandum esse, non magis de specie quàm de merce loquitur, sed generaliter de rebus omnibus quæ in triticariam venire possunt, Licèt quod sequitur in secunda eiusdem legis parte de homine qui per triticariam petebatur mortuo, Et in postremis verbis legis de re petita quæ post moram deterior facta sit, mercibus aptati nullomodo possit, quæ quoniam in genere non in specie consistunt, vt diximus, neque perire, neque deteriores fieri vnquam possunt. E contrario autem Caius *in d.l.vlt.* etsi principiò legis loquitur tantùm de merce quæ mutua data sit, Subiungit tamen in fine legis, Idem in aliis rebus iuris esse, Vt omnes scirent non species à mercibus hac parte separandas esse, sed condictionem triticariam à condictione certi, Et rursum condictionem certi ex mutuo à condictione certi ex stipulatione. Alias supradictorum locorum conciliationes quæ ab aliis afferuntur & retulimus, & refutauimus supradicto Coniecturarum loco, tam apertè ac prolixè, vt nihil hic repetendum sit, ne in re non necessaria operam ludere videamur.

ERROR OCTAVVS.

De ineunda æstimatione rei petitæ per condictionem triticariam.

IN toto illo tractatu, quem non solùm in libris Coniecturarum, sed etiam in prima huius Chiliadis parte tanta cum diligentia compleximus, & in quo vix intactum quicquam reliquisse videri possumus, Nihil est quod nos tam malè habuerit, quàm interpretatio *l.3. D. de condict. tritic.* in qua tractat ex professo Vlpianus de ineunda æstimatione rei debitæ quæ per condictionem triticariam petita sit. Cætera enim quę ad tractatum illum pertinent, sic explicauimus, vt plerique magni viri densissimis iuris nostri tenebris lucem hac parte aliquā ab ingenio nostro allatam esse non diffiteantur: Et quamuis non desint qui cōtra nos scripserint, habemus tamen & ingenij & nominis nostri assertorem validissimum Gasparem Schifordegherum Silesium nobilissimum virum Doctorem Germanum & elegantissimum, cuius scripta luculentissima nuper in publicum edita, opiniones nostras, nec has tantùm, sed alias etiam plerásque à reprehensorum obiectionibus, ne dicam vel rationibus, vel iniuriis facilè, vt spero, vindicabunt, sed quod pertinet ad interpretationem *d.l.3. De condict. tritic.* satis quidem viro doctissimo fecimus, quantùm ille & scriptis suis & familiari mecum colloquio testatus est, cùm ex remotissimis Silesiæ finibus, quæ singularis erga me beneuolentia & propensio eius fuit, visendi tantùm mei gratia Neciam vsque venisset, ibíque mecum per aliquot menses suauissimè commoratus frequentes mecum ac penè quotidianos de Iurisprudentia sermones haberet, sed nobis tamen, vt verū fateamur, non omnino satisfecimus. Neq; verò fieri potuit vt ante hunc diem diceremus id quod dicendum fuerat, cùm errorem interpretum secuti, condictionis triticariæ vim & potestatem ignoraremus. Illud autem potissimùm nos malè habuit quod Vlpianus *in d.l.3.* scribit apertissimè, In condictione triticaria, si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem reci-

recipiat, condẽnationis tempus ſpectandum eſſe. Sicut enim nemo dubitat quin condictio triticaria ſtricti iuris actio ſit, vt & cæteræ condictiones omnes quarũ nulla eſt quæ à Iuſtiniano inter bonæ fidei actiones enumeretur *in §. actionum. Inſt. de act.* Ita nec dubitari poſſe arbitramur, quin generale ac perpetuum ſit in actionibus ſtrictis omnibus, vt ſi quando in iis æſtimari rem oporteat, ſpectandum ſit præciſè tempus litis conteſtatæ, aut quod idem eſt, iudicij ſiue accepti, ſiue accipiendi. Sic enim ſcriptum eſt *in l. vlt. eod. tit. & in l. vinum 22. D. de reb. credit.* de quarum ſententia proximè ſcripſimus, Et *in l. 3. §. in hac D. commod. l. hominem 37. D. mandat.* Ratione illa quam ex Papiniano ſumpſimus *in l. 2. D. de vſur.* quòd quale quid eſt cùm petitur, tale dari debeat, quódque tempus illud inſpiciendum ſit quo nouiſſimè res dari poteſt. *l. ſi Calendis 11. D. de re iudic.* Vt in ſumma ea ſit condicio & actoris & rei quæ eſſet, ſi litis conteſtatæ tempore data res fuiſſet. *l. cùm fundus 31. D. de reb. credit.* Nouiſſimum enim tempus quo ſolui res poteſt, illud eſt quo litis conteſtatio fit, cùm per conteſtationem fiat nouatio *l. aliam 29. D. de nouat.* exindéque incipiat pecunia deberi. At condemnationis tempus in actione ſtricta inſpici oportere, nullo iuris loco ſcriptum reperias, præterquam *in d. l. 3. de condict. trit.* Eſt enim ius hoc proprium actionũ bonæ fidei, vt in iis rei iudicandæ tempus inſpiciendum ſit, vt diſertè idem Vlp. noſter ait *in d. l. 3. §. in hac D. commo.* aut ſaltem vtro tempore pluris res fuit, aut quo mora contracta eſſet, aut quo res iudicaretur, & in condemnationem deduceretur, vt Pomponius tractat *in l. 3. §. vlt. D. de action. empt.* Cùm igitur condictio triticaria ſtricti iuris actio ſit omni caſu, nunquam verò bonæ fidei, Rogo, qua ratione, aut quonam demum caſu fieri queat, vt condemnationis tempus inſpici oporteat? Interpretes qui monſtrum illud æſtimationis Quanti plurimi inuexerunt, cuius nulla vſpiam in libris noſtris mentio, niſi cùm prudentes aut de furtiua condictione, aut de actione legis Aquiliæ tractauerunt, facilè hinc ſe euoluunt, ſic intelligentes Vlpianum *in d. l. 3.* in condictione triticaria inſpiciendum ſit, non quidem tempus condemnationis præciſè, ſed quanti plurimi res fuit à tempore moræ ad tempus vſque rei iudicandæ. Quidni enim ſic de triticaria condictione ſentiant, cùm in omnibus ſtrictis iudiciis idem iuris obtinere putent, nec vllam inter bonæ fidei actiones & ſtrictas agnoſcant hac parte differentiam, niſi cùm tractant de re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda: Secuti nimirum traditionẽ Bartoli *ad d. §. in hac*, quam cùm video & Hugoni Donello, & aliis quibuſdam recentioribus placuiſſe, planè mihi perſuadeo nihil eos habuiſſe melius, quod dicerent, cùm tamen nec aliud quicquam excogitare potuerint, quod improbabiliùs dici poſſit, vt ex iis quæ contra Bartolum in Coniecturis diſputauimus, conſtare arbitror. Sed nobis qui extra duos ſupradictos caſus condictionis furtiuæ, & legis Aquiliæ, nullam æſtimationis Quanti plurimi condemnationem agnoſcimus, & in iudiciis ſtrictis quale eſt iudicium condictionis triticariæ tempus litis conteſtatæ & accepti iudicij præciſè ſpectandum eſſe contendimus, Multò difficilius eſt intelligere, & explicare quid ſibi Vlpianus velit *in dicta lege tertia*, cùm ait in condictione triticaria condemnationis tempus ſpectandum eſſe. Iam verò, vel tacentibus nobis, intelligere quiuis facilè poteſt, ex iis quæ hactenus dicta ſunt, quam rationem habeat Vlpiani ſententia authoritate Seruij comprobata. Nimirum, Cùm triticaria actio ea demum ſit per quam triticum, aut quid aliud præter pecuniam numeratam ſic petitur, vt illud ipſum,

Digitized by Google

quod petitur, non ipsius æstimatio in iudicium deducatur, quamuis condemnationem in pecunia fieri semper necesse sit. Fieri certè nequit, vt alia æstimatio in condemnationem deduci possit, quàm quæ sit tempore condemnationis. Quod enim condemnationis tempore præstari adhuc posset ex natura propositæ actionis, si reus mallet satisfacere & absolui quàm condemnari, id planè consequens est, vt si in pecunia ex necessitate æstimandum sit, non alio quàm condemnationis tempore inspecto debeat æstimari. Nam & ratio propter quam in iudiciis strictis obtinet, vt litis contestatæ tempus spectari præcisè oporteat, nõ alia est, quemadmodum diximus, quàm quia nouissimum illud tempus sit, quo dari res potest. *d. l. si Calendis 11. De re iudic.* cùm quale quid est cùm petitur tale dari debeat *d. l. 2. D. de vsur.* Quæ tamen ratio apertè cessat in triticaria condictione, In qua scilicet ex ipsius actoris voluntate, nõ solùm potest sed etiam cogitur reus, ipso etiam tempore quo iudicium exercetur, & ante condemnationem rem ipsam quæ petita est præstare, & quidem quanticunque precij, cùm illa sit, hoc est siue maioris siue minoris æstimationis, cùm eam sibi & aduersario legem dicat, quisquis triticariam proponere mauult, quàm certi condictionem, aut aliam specialem actionem. Nec sanè est quod vel debitor conqueratur, si res pluris sit eo tempore quo in condemnationem deducitur, quia quod antea & litis contestatæ tempore dari debuit, etiam hodie dandum est, vt argumentatur Paulus *in l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem D. de action. empt.* Vel creditor si res sit minoris, quoniam ipse sibi hanc legem dixit, suæque imprudentię debet imputare cur non egerit condictione certi, potiùs quàm triticaria. Etsi quod dicimus in bonæ fidei iudiciis vt in actione empti, de qua *in d. §.* cùm per venditorem spectari tempus condemnationis, longè aliam rationem habet. Non enim sicut in condictione triticaria, quæ stricti iuris est, ita & in iudiciis bonæ fidei præcisè petitur res ipsa quæ debetur, sed cum adiectione illa quam Prætor nunquam prætermittit in formula *ex bona fide*, cuius ea vis & potestas est, vt neque res ipsa quę petitur nisi quatenus ęquum est, neque in summa quicquam aliud nisi quod melius æquius est in petitionem & condemnationem deducatur. Æquum autem non est sola præstatione æstimationis, quæ antea fuerit liberari eum qui rem aliquam siue in specie siue in genere consistentem vendidit, si post moram eius rei æstimatio decreuerit.

ERROR NONVS.

Cur non ipsa merx, aut alia res debita & petita in condemnationem deducatur maximè in iudiciis bonæ fidei.

SED illud difficilius est dicere cur non ipsa res, quæ debetur & quæ hodie pluris est in condemnationem deducatur, potiùs quàm eius æstimatio cùm & ipsa sit quæ debetur, non æstimatio ipsius, & tam merx quàm species æstimationis suæ incrementum in se contineat, cùm ipsa præstatur. Qui enim frumentum quod hodie pluris est soluit, aut fundum Cornelianum maioris precij factum, an non eam ipsam æstimationem quæ hodie maior est, soluere intelligitur? Et tamen hoc quoque casu æstimationem etiam mercis & quidem eam quæ sit rei iudicandæ tempore, in condemnationem deduci oportere constat:

Digitized by Google

stat *ex d.§.vltim.l.3.& ex d.l.si sterilis 21.§.cum per venditorem D.de action.empt.* Ratio vera illa est, quam nos in sequentibus latiùs tractabimus, quòd necesse semper sit & omni casu condemnationem fieri in pecunia vt iudicati executio sequi tandem possit. Sed tamen illud quoque addi potest, vt ego quidem arbitror, quia etiam in bonæ fidei iudiciis ex quo tempore mora facta est, sicut in strictis ex die litis contestatæ, desinit res debita præstari ampliùs posse nisi creditor ipse deserat condicionem, cùm petendo rem siue apud Prætorem ex contractu stricto, siue per interpellationem extraiudicialem ex contractu bonæ fidei, satis declarauerit suam voluntatem, quòd exinde voluerit rem habere, ac proinde inspecta illius temporis æstimatione. Quæ ratio faceret, vt sicuti in actionibus stricti iuris inspicimus præcisè tempus litis contestatę, ita & in iudiciis bonæ fidei tempus moræ non solum iudicialis, vt vocant, quæ per contestationem contrahitur, sed etiam extraiudicialis præcisè inspici oporteret, Nisi diuersitatem iuris illud induceret, quòd in formula iudiciorum bonæ fidei addebantur, vt diximus verba illa *ex bona fide* quæ in strictis iudiciis dictandis non addebantur. Est enim generalis & omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris actionibus conueniens ratio illa Papiniani *in d.l.2. D. de vsur.* quòd quale quid est cùm petitur, tale dari debeat, vt scilicet non minùs actoris voluntati quàm rationi & rigori iuris satisfiat. Et quamuis petitum regulariter id demum dicatur quod per iudicem petitum est aut potiùs apud Prætorem per litis contestationem, quasi is qui nondum litem contestatus est, non tam petat quàm petere velit *l.amplius 15. D.rat.rem haber.* Id tamen magis propriè ad arbitrarias, & ad strictas actiones pertinet, in quibus nulla præcedentis moræ extraiudicialis ratio haberi potest ad condemnationis qualitatem inmutandam, sed tantùm ad obligationem perpetuandam *l.si ex legati 23. & seq. l.si seruum 91. §. sequitur D. de verb.oblig.l.item si verberatum 15.§.vlt. D.de rei vindic.* Non autem ad actiones bonæ fidei, cùm ex bona fide sit vt mora per simplicem & extraiudicialem interpellationem contracta non minùs prosit interpellanti noceátque frustratori, quàm si per iudicem contracta esset. Nec proinde quicquam intersit ad cōcipiendam in iudicio bonæ fidei condemnationem vtrum per iudicem petitum sit, an sine iudice, quod ex iudicio bonæ fidei debebatur, non magis quàm ad constituendum in mora debitorem *l.mora 32. D.de vsur.* Vnde petenda mihi nunc videtur ratio, cuius ignoratione in hunc vsque diem errauimus, Cur prudentes nostri nullo iuris loco meminerint litis contestatæ, cùm loquuntur de ineunda æstimatione rei debitæ ex contractu & iudicio bonæ fidei, sed tantùm moræ vel condemnationis, vt *in leg.3.§. in hac. D.commod. dict.leg.3.§. vltim. de action. emption.* Quoniam scilicet tantum potest extraiudicialis mora quantum iudicialis, cùm ex bonæ fidei contractu agitur. Ideóque cùm latius pateat nomē moræ quàm contestationis, quia vix potest contestatio fieri sine mora *l.3.in princip.de vsur.* mora verò fieri facilè, & passim fit citra contestationem *d.l.mora.* Fuit in hoc iure constituendo facienda mentio moræ potiùs quàm litis contestatæ, Et quidem ita vt mora aliqua extraiudiciali contestationem præcedente, nullam contestationis rationem haberi oporteat, neque æstimationis quæ maior eo tempore inueniatur: non magis quàm si eo ipso die quo per simplicem interpellationem mora extraiudicialis contracta est lis contestata fuisset. Nec enim media tempora curantur ad augendam æstimationem, Si forte pluris esse res cœperit post litem contestatam, quàm vel fuerit tempore litis contestatæ, vel sit hodie cùm res iudicatur, cùm non minùs actoris voluntati,

Digitized by Google

quàm ratio iuris repugnet, quia eo tempore rem habere actor voluit quo petiit, Adeò vt nec ipsius condemnationis tempus spectari vnquam oporteret, tametsi longè pluris tùm res esset, nisi hoc faceret adiectio illa formulæ *ex bona fide* quę ad condemnationis tempus relata liberam iudici potestatem facit, omnia æstimandi ex bona fide in diem vsque condemnationis. Etsi verò bona fides facit, vt non minus rei iudicandæ quā moræ tempus spectari oporteat, si post moram ęstimatio creuerit. Ex ratione illa Pauli *in d. §. cùm per venditorem.* Quòd siue data fuisset merx à vēditore suo tempore haberet hodie eam emptor, Siue data nō sit saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit. Hæc ipsa tamen ratio docet nullam penitus rationem medij temporis haberi debere, quia neq; nūc rē venditam haberet emptor, neq; hodie danda illa esset si eam venditor post moram tradidisset eo tempore quo pluris erat, traditāq; emptor alteri vendidisset. Quòd si ponas emptorem acceptam rem sibi fuisse retenturum, nec alij vēditurum, tantò magis apparebit nihil interesse emptoris quòd rem sibi venditā non acceperit eo tēpore quo pluris erat, cùm nō aliter possit ex hac causa ipsius interesse, quàm si fuerat tum distracturus *arg. d. l. item si, § . vlt. De rei vind.* Ac sanè maior ratio est, vt cum Paulo præsumamus, quòd mercem si tradita fuisset, haberet hodie emptor, quàm vt credamus fuisse illum subinde & eo ipso tempore, quo res pluris erat distracturum. Sunt namque istorum qui merces ideò emunt, vt iterum distrahāt auara vt plurimum ingenia, & in id propensa, vt crescentem in dies ęstimationē, aut vix vnquā aut certè non tā citò finē crescendi habiturā esse suspicentur. Atqui si mercem illam hodie haberet emptor, nihil ei prodesset quod antea pluris res fuisset, quæ iam minoris esset. Meritò igitur ius ita receptū fuit, vt medij tēporis quod inter moram aut contestationē, & rem iudicatam intercedit, nullam in rei debitæ ęstimatione ineūda rationē haberi oporteat, Sed tātùm vel morę vel cōdēnationis in iudiciis bonæ fidei. Nūquam verò cōtestationis cùm aliqua mora cōtestationē antecessit. In eoque antehac nos errasse agnoscimus, cùm scripsimus, Etiā litis cōtestatę tēpus in iudiciis bonæ fidei spectādum esse, si eo tēpore res pluris fuerit, quàm tēpore moræ extraiudicialis vel condemnationis. Quod certè falsum est, nullóque iuris loco probari potest.

ERROR DECIMVS.

Cur in iudiciis bonæ fidei in re æstimanda non inspiciatur tempus litis contestatæ.

NEque nunc mouet nos ratio illa qua tùm mouebamur, quòd ita posito iure futurū sit, vt morosi debitoris condicio melior ob id fiat, quòd ex bonæ fidei iudicio post morā conueniatur, Cū si stricto conueniretur eam pręcisè deberet ęstimationē, vt diximus, quę fuisset tēpore cōtestationis. Nā pręter id quod actori potest imputari, cur eo tēpore debitorē interpellauerit, eūq; in mora soluēdi cōstituerit, si ęstimatione illius tēporis cōtētus esse nolebat, Credēdúmq; est fuisse illū eodē tēpore petiturū per iudicē, nisi tātā vim morę extraiudicialis quantam contestationis fore sciuisset ad iudicium bonæ fidei exercēdū. Est etiā quod eidē prętereà imputetur, quare maluerit agere bonę fidei iudicio, quàm cōdictione certi, vel triticaria. Cùm sciret aut scire deberet, sic euenturū, vt si ageret iudicio bonæ fidei nihil aliud consequi posset, nisi æstimationem quæ alterutro tantū tēpore, aut morę, aut condēnationis maior fuisse inueniretur, non eam quæ aut litis contestatæ aut alio medio vllo tempore. Si verò condictionem certi proponeret, nihil nisi quanti res fuisset tēpore cōtestationis, Si deniq; triticariā exerceret, nihil nisi aut rē ipsam petitam

conse-

Digitized by Google

cōsequeretur, si mallet cōdēnari reus quàm soluere, aut si sententiā expectaret, quanti foret illa tempore condemnationis. Itaque qui post iam constitutum aduersarium in mora per extraiudicialem interpellationem, & lite contestata ex contractu bonæ fidei, mauult iudicium bonæ fidei exercere quàm certi condictionem proponere, hoc ipso profitetur nolle se ea ęstimatione contentum esse quæ sit tēpore contestationis, licèt tùm maior illa sit, quàm quæ fuit tēpore præcedentis moræ, Non alia vtique de causa, quàm quòd maiorem eam futurā speret tempore condemnationis. In quo vno maioris vtilitatis esse potest iudicium bonę fidei, quàm cōdictio certi. At imò etiam quàm condictio triticaria, In qua, vt diximus, venit quidem æstimatio quæ est tempore condemnationis: Sed illa præcisè & omnimodo, In iudicio autem bonæ fidei non aliter quàm si eo tempore maior ęstimatio sit, quàm fuerit tēpore moræ. Debetur.n. alterutro tēpore inspecto & vtro res pluris fuit, aut moræ etiam extraiudicialis aut rei iudicandę. Proinde cùm fieri possit, vt ęstimatio quæ post moram extraiudicialem creuit, maiórque est tempore litis contestatæ, decrescat postea, minórque reperiatur tēpore sententię, quàm fuerit tempore contestationis, adeóque moræ extraiudicialis, pendeátque id ex dubio euentu, qui tēpore litis contestatæ non facilè prçuideri potest. Apparet semper actori esse consultius agere iudicio bonæ fidei quàm triticaria. Tametsi possit interdum esse vtilius agere condictione certi, quàm iudicio bonæ fidei. Nēpe quia vtilitas condictionis triticarię cōtinetur in iudicio bonæ fidei, nō etiā vtilitas condictionis certi, Nisi cùm mora nulla pręcessit contestationē. Quo vno casu spectari potest etiā in iudiciis bonæ fidei tēpus litis contestatæ ad ineūdā rei debitæ æstimationē, sed tanquā tēpus morę, nō tanquā tempus litis contestatę, quoniam mora quæ ante cōtestationē nulla cōtracta fuit, saltem per cōtestationē contrahitur. Nec mirū uideri debet quod dicimus, Eū quoq; qui aduersarium ex bonę fidei cōtractu obligatū habeat, posse eligere vtrū condictione certi, vel triticaria quæ stricti iuris actiones sunt malit experiri quā iudicio bonę fidei. Cùm enim cōdictiones illæ ex omni causa omniq; cōtractu cōpetāt *l. certi condictio 9. D. de reb. cred.* dubitādū nō est quin cōpetant etiā ex bonę fidei cōtractu, Nō quasi eo casu aut alio vllo sint bonę fidei, vt imperitè quidā putant, sed quia nihil causæ sit, cur nō ex cōtractu bonę fidei, perinde atq; ex stricto liceret actori debeat huiusmodi actionū vtilitate gaudere, vt quibus possit modis ius suum exequatur. Et ex hoc rursum intelligimus, Cur agenti iudicio bonę fidei pro merce quæ debetur, si morā passus sit, vel extra iudiciū vel per cōtestationē cōdēnetur aduersarius ad ęstimationē *d. l. 3. §. vlt. d. l. si sterilis 21. §. cùm per vēditorē D. de act. emp.* Nimirū quoniā ea volūtas agētis esse creditur, vt pro merce ipsa debita ęstimationē ipsius cōsequatur, vtro tempore maior fuisse inuenietur, aut morę aut condēnationis, Ne alioqui videatur sibi eripere cōmodū quod ex aduersarij mora quęsitū est. Nullū .n. cōmodū morę superesset si cogeretur vēditor mercē ipsā accipere, quę condēnationis tēpore minoris facta esset, quā morę tēpore fuisset, potiúsq; aliud pro alio solui hoc casu videretur. Cū res quę fūctionē recipit in suo genere recipiat etiā in ęstimatione si actor velit, Quomodò velle sēper intelligitur quisquis alia actione quā condictione triticaria mercē petit, quę per triticariā petēda vtiq; fuerat, si ea volūtate actor erat, vt inspecto pcisè cōdēnationis tēpore ęstimari rē omnimodo vellet. Nec est qd icam posse huic actoris incōmodo cōsuli cōdēnato reo in id oē qđ actoris interest morā factā non esse: Nihil.n. ex hac causa interest actoris q morā passus est, si mercē ipsā adhuc post morā pcisè petere nō desinat, cū hoc ipso testet nō fuisse se mercē vēditurū, sed adseruaturū in hoc vsq; tēpus si morā passus

non fuisset. Quæ ratio etiam est, ob quam in condictione triticaria, etiamsi omni casu res quæ petita est æstimanda sit, numquam tamen habetur ratio eius æstimationis quæ maior fuerit tempore litis contestatæ. Quamuis in cæteris stricti iuris iudiciis, maximè verò in condictione certi aliter obseruetur: Scilicet quoniam ab eo iure, quod per contestationem quæsitum fuerat, petendæ illius æstimationis, quę maior tum fuisset, si condictionem certi exercere creditor maluisset, videtur ille resiliisse agendo triticaria, & petendo rem ipsam præcisè. Planè cùm ex iudicio bonę fidei merx ipsa petitur, quia petitio & condemnatio fit *ex fide bona* & bona fides non patitur, vt impunita sit mora, si fortè post moram æstimatio rei decreuerit, Sicut nec vt moræ tempus præcisè spectandum sit, si ex contrario post moram æstimatio creuerit. Consequens est vt ex actoris voluntate in suspenso & incerto maneat in tempus vsque condemnationis, quęnam æstimatio ventura sit in condemnationem, quia neque sciri prius potest vtrius temporis an moræ, an condemnationis maior futura sit æstimatio. Sed non similiter an merx ipsa, an æstimatio deducenda sit in condemnationem, cùm dici nequeat eum qui post moram sibi factam petit adhuc mercem non præcisè præstandam, sed cum illa adiectione *ex bona fide* videri hoc ipso discedere ab eo iure quod quæsiuerat petendæ illius æstimationis quæ moræ tempore fuisset, si tandem maior tùm fuisse quàm condemnationis tempore inueniretur. Cùm verò hæc ratio sit generalis, nec minùs in specie quàm in merce debita locum habeat, quia sicut mercium ita & specierum æstimatio, licèt non adeò facilè aut frequenter, mutatur per tempora, nec vno casu minùs quàm alio ex bona fide est, vt mora puniatur. Intelligimus etiam tùm cùm species debetur & per actionem bonæ fidei petitur, æstimationem rei non rem ipsam in condemnationem deduci: æstimationem, inquam, vtro tempore pluris res fuit vel moræ vel condemnationis *d.l.3 §.in hac.D.commod.* quæ lex sicuti de actione commodati loquitur, ita & de specie debita quæ sola non etiam merx commodari potest. Ne alioqui iniuria fiat actori, si lis æstimetur præcisè quanti res est tempore condẽnationis, atque ita æstimationis quæ moræ tempore maior fuit commodum ei eripiatur, Cùm si speciem ipsam præcisè habere maluisset, vtique triticariam proponere potuisset debuissétque. Sed veniamus iam ad explicationem specialiorem *d.l.3. De condict.tritic.*

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXXV.

ERROR I.

De sententia l.3. D. de condict. tritic. Et ad l.4. §. ait Prætor. D. de re iudicat.

ALIORVM potissimùm errores circa condictionem triticariam hucusque exagitauimus, Nostros aliensis mixtos iam emendare minùs pudebit. Vlpiani verba hæc sunt *In hac actione si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, verius est quod Seruius ait, condemnationis tempus spectandum.* Quod ait *in hac actione* nemo dubitat quin debeat accipi de condictione triticaria, Non solùm quia lex posita est sub titulo De condictione triticaria, sed ob id etiam quod non posset lex intelligi de condictione certi, quin secum pugnaret Vlpianus, qui in *l. vinum 22. D. de reb. credit.* apertè scribit, in condictione illa spectandum esse præcisè tempus litis contestatæ si nihil de die conuenerit, Quod & in aliis omnibus stricti iuris actionibus obseruandum esse, idem Vlpianus tradit *in l.3. §. in hac D. commod.* Neque nos hac in re ab interpretibus dissentimus, sed in eo tantùm, quod huius tituli legem vltimam, quia sub eodem titulo posita est, æquè de triticaria intelligi volunt, quod & nos aliquando putabamus, cùm differentiam quæ à nobis in superioribus tradita & explicata est, condictionis certi & triticariæ ignoraremus. Sequitur *res quæ petita est.* Nec dissimiliter in *l. vlt. eod. Si merx aliqua quæ certo die dari debuit petita sit.* Rectè. Est enim hoc commune vtrique actioni & condictioni certi & triticariæ, vt rem ipsam quę in obligatione est peti oporteat, sed aliter in hac, aliter in illa actione. Nam in condictione certi res ipsa quidem petitur, sed non præstanda præcisè, at quanti fuit tempore litis contestatæ. In triticaria verò res ipsa præcisè præstanda, etiam post litem contestatam, si velit reus effugere condemnationem. Et ideò benè subiungit Vlpianus *in d.l.3. si quæratur cuius temporis æstimationem recipiat.* quomodo *in d.l. vlt. quanti lis æstimanda sit.* Semper enim & in qualibet actione lis æstimatur, & pecuniaria fertur condemnatio. Nec minùs in condictione triticaria, siue extet ipsa res quæ petita est, siue ante condemnationem perierit.

Digitized by Google

Quod postremum sicut in merce debita contingere numquam potest, ita in specie quæ debetur facilè ac sæpenumerò contingit, vt sequitur apud Vlp. in versic. *Si verò desierit esse in rebus humanis:* similiter & in certi condictione semper lis æstimatur, id est semper æstimatio rei petitæ, numquam verò res ipsa petita in condemnationem deducitur, non solùm si merx, quæ functionem recipit in suo genere, sed & si species debeatur, vt constat *ex d. l. vlt.* quæ de condictione tantùm certi tractans, & de mercibus primùm locuta, posteà in aliis quoque reb. idē iuris esse ait. Sed inspecto præcisè quanti res fuerit tēpore litis cōtestatæ, ne scilicet alioquin eueniat, vt qui fundum vel hominem per eam certi condictionem petiit, si cogatur rem ipsam minoris factam accipere, non sit habiturus omne id quod habiturus esset si litis contestatæ tēpore solutus ei fundus vel homo fuisset: quod omne tamen habere debet *l. cùm fundus 32. D. de reb. credi.* Nec solùm inspectis rationibus æquitatis, quæ in iudiciis strictis parum attenditur, sed inspecta potissimùm ratione illa quæ stricti quoq; iuris est, quòd quale quid est cùm petitur, tale dari debeat *d. l. 2. D. de vsur.* Neque est, quod cuiquam mirum hoc videri possit, quasi sic eueniat vt de alia re pronunciet iudex quàm de qua datus est, si ad æstimationem condemnet eum à quo res ipsa non æstimatio petitur: quod stulti iudicis esse ait Iustinianus *in l. vlt. C. de fideic. libert.* Nō enim putandum est sic cōcipi solitam olim fuisse formulam iudiciorum stricti iuris, quomodo plerique putant, vt certa re & specie apud Prætorem petita iuberetur iudex speciem ipsam in condemnationem deducere, quod certè non aliud esset quàm iudicare ex formula contra formulā, à cuius tamen præscripto ne latū quidem vnguem recedere iudici licebat, sed in hunc potiùs modum, *si paret Titiū debere Sempronio Stichum ex stipulatione, ni Titius soluat tu eum, quanti hodie Stichus est condemnato.* Sicque accipio verba illa Papiniani *in l. fundum 28. D. de nouat. præsens æstimatio fundo petito rectè consideretur,* vt scilicet petito fundo ea cōsideretur æstimatio quæ sit præsens tempore petitionis, Vt qualitas iuncta verbo, sicut in nostrorum brocardico est, intelligatur secundum tempus verbi *ex l. 4. §. si extraneus D. de noxal. act.* Ponit enim Papinianus eo loco differentiam duplicē inter stipulationem illam *fundi Cornelìani* & hanc *quanti fundus Cornelianus est.* Vna differentia est quòd ex priore stipulatione non debetur pecunia sed fundus, Ex posteriore verò non fundus sed pecunia, Altera quòd quamuis vtrique stipulationi commune nihilominùs illud sit, vt ex vtraque debeat fieri condemnatio pecuniaria, Aliter tamen ex priore stipulatione, Aliter ex posteriore fundus æstimatur. Ex priore æstimatur quāti est eo tempore quo petitur, id est quo litis contestatio fit, *vt in l. hominem 37. D. mandat.* Ex posteriore verò quanti fuit tempore interpositæ stipulationis, quoniam ad id tempus relata sunt stipulationis verba, & ex eo tempore deberi incipit æstimatio, quę ex priore non incipit deberi nisi à die litis contestatæ, Nimirum cùm agitur condictione certi, quæ semper nascitur ex stipulatione in quam certum quid deductum fuit *l. si quis certum 24. D. de reb. credit.* & initio *Tit. Inst. De verb. oblig.* Nā si agatur condictione triticaria quæ perinde nascitur ex stipulatione certa, & hoc amplius etiam ex incerta *d. l. 1. D. de condict. tritic.* non æstimatio rei præsens, sed quæ rei iudicandæ tempore futura est, deducitur in formulam, & consequēter in condemnationem. Itaque semper verum est in condictione triticaria litem æstimari etiamsi res extat quæ debetur, licet aliter quàm in condictione certi vt diximus. Semper enim verum est quod ait Vlp. *in d. l. 3.* rem quę per cōdictionem triticariam petita est recipere æstimationē, & quidem vt ea lex habet,

Digitized by Google

bet, inspecto tempore condemnationis. Ratio aperta est quam in superioribus attulimus, sed sæpius inculcanda, quòd cùm in iudicium deducta sit, & omnimodo deducenda fuerit res ipsa quoties agitur triticaria, vtique non alia ratio vicem rei supplere potest quàm ea quæ sit tempore rei iudicandæ. Quandoquidem si eo tempore rem ipsam quamuis minoris factam condemnatus soluisset, nihil ab eo peti ampliùs potuisset. Proinde neque proderit condemnato, quod post rem iudicatam imminuta sit æstimatio, quominùs eam ipsam præstare debeat, quæ maior fuit tempore condemnationis, neque nocebit si è contrario aucta proponatur, vt eam quę nunc maior est præstare debeat, nec pręstatione illius quæ condemnationis tempore minor fuit liberetur, quia præcisè spectandum est tempus condemnationis irrogatæ. In quo tamen illud mirum, necdum satis apertè à nobis explicatum est, Quid necesse sit tractare de ineunda æstimatione rei per triticariam petitæ, cùm sicuti rem ipsam non rei æstimationem in iudicium deduci prorsus necesse est, ita rationi conueniens videatur vt ipsa quoque res quæ in iudicium deducta est, non eius æstimatio præstetur, Saltem eo casu quo per rerum naturam præstari ipsa potest, quod euenit quoties adhuc extat, nec difficultas eius præstandæ magna est. Quid enim absurdius, & à forma iudiciorum alienius quàm vt qui rem ipsam aduersario præstare debuit ante sententiam condemnetur ad æstimationem, tametsi condicio ab actore non deferatur? Præsertim cùm non possit hoc casu locus esse remedio, vt ad puniendam condemnati contumaciam iuretur aduersus eum in litem, quomodo in actionibus arbitrariis aut bonæ fidei inraretur. Quia condictio triticaria stricti iuris est, In qua actionum specie nunquam iuratur in litem ob dolum & contumaciam aduersarij, sed tantùm ex necessitate cùm iudex sine delatione iurisiurandi non potest æstimare rem quæ non extat *l. in actionibus 5. & seq. D. de in lit. iur.* Planè in cæteris actionibus siue bonæ fidei siue arbitrariis, in quibus iuratur in litem, dicimus non esse cogendum eũ, qui condemnatus est, vt rem ipsam restituat, quia non ad rem ipsam restituendam condemnatur, sed ad pecuniam. Quanti actor in litem iurauerit; In arbitrariis quidem postquam restituere iussus est, nec arbitrio iudicis paruit, In iis verò quæ sunt bonæ fidei nullo iussu & arbitrio præcedente. Ita fit, vt sit in eius potestate soluto precio non iusto, sed iniusto, & per actorem taxato rem petitam, sed non in condemnationem deductam retinere inuito quidem aduersario, sed non etiam iudice qui eum ad rei restitutionem non condemnauit: Quamuis manu militari cogendus sit ipsam rem restituere si Triboniano credimus *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* Nimirum ante condemnationem & post iussum rei restituendæ, vt illius legis verba probant. Nam post condemnationem factam eius quantitatis de qua actor in litem iurabit, non posset reus purgare contumaciam restituendo rem ipsam, atque ita liberare se à grauiore condemnatione. Sicut in cæteris iudiciis quæ non sunt arbitraria, sed bonæ fidei vel stricta, nihil prodest reo rem ipsam quæ petita est, offerre post litem contestatam, cùm semel obstrictus esse cœperit ad præstandam æstimationem, in iudiciis quidem bonæ fiei ex die moræ, In strictis autem ex die litis contestatæ. Hoc verò si ita esse admittamus, illud consequenter admittendum erit, quod & nos antehac putabamus nullum quæstioni locum fore de ineunda æstimatione rei per triticariam petitæ, & in condemnationem deductæ, nisi eo casu quo petita fuerit species, quæ per sententiam, aut extare, aut qua alia de causa præstari posse desierit, & quam proinde in æstimatione

Digitized by Google

ac pecunia præstari necesse sit. Nam merx quæ quoniam semper extat, nec fit vnquam deterior cùm in genere consistat, functionémque recipiat, non minùs in bonitate & qualitate quàm in suo genere *l.2. §. mutui dato, l. 3 De reb. cred.* quidni ipsa præstari debeat, quæ ipsa est non tantùm in obligatione, sed etiam in petitione, adeóque in iudicium deducta? Aut quid illud est quod dicimus, Inuito creditori aliud pro alio solui non posse *d. l.2. §. mutui datio. l. eum à quo 10. & seq. Codic. de solution.* si etiam post iudicium de ipsa merce acceptum permittitur reo per iudicem, vt inuito actori eidémque victori pro merce debita præstet mercis æstimationem? An non ea ratione vis quodammodo fit non solùm rationi iuris, sed etiam authoritati iudiciorum? Neque tamen ita est. Nam, siue merx siue species siue quid omnino aliud deductum sit in iudicium, quomodo deduci semper necesse est cùm agitur triticaria, semper condemnatio in pecunia fit, vt iudicati executio fieri possit. Verba enim prætoris in illa parte edicti quæ est De rebus iudicatis exequendis, hæc fuerunt *Condemnatus, vt pecuniam soluat*, quomodo scriptum est *in l.4. §. aut prætor D. de re iudic.* Nisi malis quod ego probabilius puto legendum esse *ni pecuniam soluat.* Coniectura sumpta ex iis verbis quæ huic edicto deesse addique debuisse Labeo existimabat. *Neque aliter eo nomine satisfaciat*, quæ cùm negatiuè concepta sint, non aliter superioribus aptè coniungi possent, quàm si superiora quoque negatiuè concepta essent. Quòd si integra edicti verba extarent, esset res apertior. Sed verisimile est, si non his ipsis verbis, saltem hoc sensu edictum illud conceptum fuisse *Condemnatus, ni pecuniam soluat capi pignora, & ex more distrahi iubebo.* Edicti autem ita concipiendi formandique ratio, aut potiùs necessitas illa fuit, quod non aliter ne dicam commodiùs visum est perueniri posse ad rerum iudicatarum executionem. Qui enim dare aliquid extra pecuniam, aut facere, aut tradere, aut quoquomodo præstare iussus esset per sententiam, Si præcisè iudicato parêre cogeretur, vtique inuitus & præcisè ad faciendum adigeretur. Siquidem dare nihil aliud est quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vltim. D. de verb. oblig.* Dominium autem etiam quod quis habeat non aliter transferre in alium regulariter potest inter viuos, quàm si rem tradat *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res l. traditio 20. & pass. D. de acquir. rer. domin.* Perinde igitur ad tradendum cogendus esset is qui dare debet, atque si ad tradendum obligatus esset. Ergo ad faciendum, Traditio enim facti est *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furiosi.* Idque est quod ait *l.3. §.1. D. de act. empt.* Eum qui fundum dari stipulatus est vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulatum intelligi. Idem tractari posset de eo qui soluere condemnatus esset. Nam & solutio facti est *d. §. vlt. l.1. C. de probat.* cùm realis & naturalis fiat per numerationem, Ciuilis verò & imaginaria per acceptilationem *l. vltim. D. de solut. §.1. Inst. quib. mod. tollit. obligat.* Denique licèt omnis obligatio in eo consistat, vt obstringatur quis ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum *l.3. in princip. D. de oblig. & act.* Actiones tamen omnes quamuis ex obligationibus nascantur fatendum est, non nisi ad dandam pecuniam pertinere, non autem vt aliquid extra pecuniam, vel detur, vel fiat, vel præstetur. Et consequenter cùm in executione iudicati aliud esse nihil possit, quàm quòd in iudicato est, condemnationem omnem ita necessariò concipiendam esse, vt qui condemnatur pecuniam tantùm, non etiam rem aliam dare, aut quid aliud vel facere vel præstare nisi per triticariam iubeatur, executionem verò iudicati semper in pecunia fieri, quia semper inciuile visum est ciuili legislatori, vt quis ad factum præcisè co-

gatur,

gatur, quòd vt sæpius monuimus nō posset id fieri sine vi quam legibus exosam tantopere & priuato cuilibet interdictam, multò inciuilius esset inferri à magistratu, Ne proficiscatur inde occasio iniuriæ, vnde iura nascuntur, *l. meminerint 6. C. vn. de vi l. nec magistratibus 32. D. de iniur.* Adeò vt nec si quis mihi rē meam petenti eam restituere iussus sit, cogatur tamen eam mihi restituere, sed tantùm pati condemnationem quanti ego mea interesse in litē iurauero, vt in eo quod veram rei æstimationem excedit contumacia rei puniatur *l. 1. d. l. in actionibus 5. D. de in lit. iur.* quòd non sit æquum cogi me vt rem meam inuitus vendam iusto precio *l. non enim 9. D. rer. amot. l. nec quasi 70. D. de rei vind.* Nec quod permittendum non sit vt quis alius inuitis nobis rem nostram retineat inducere potest necessitatem præcisam rei nobis restituendæ, sed tantùm causatiuam si volet ille effugere condemnationem æstimationis per iusiurandum in litem taxandæ *l. si filiusfamilias 25. §. maritum D. solut. matrim.* Ob eamque causam numquam dubitaui quin Triboniano potius quàm Vlpiano adscribendum sit quod legimus *in d. l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* Si is qui restituere iussus est iudici non pareat contendens se non posse restituere, cùm tamē rem habeat, manu militari officio iudicis auferendam ab eo esse possessionem, vt pluribus à nobis tractatum & comprobatum est *lib. 16. Coniect. cap. 17.* Quamquam in hoc ipso obseruandum est nō vsque adeò inciuilem esse Tribonianum vt velit manu militari cogendum esse iniustum possessorem vt rem meam mihi restituat. Sed tantummodò manu militari possessionem ab eo auferri. Quæ res non tam factum exigit aut denotat, quàm patientiam possidentis. Quòd si tùm quoque cùm rem meam peto, quam & meam esse & mihi restituendam pronunciatum est, non ideò tamen præcisè cogitur eam mihi reddere. Quantò minùs videri mirum debet, vt qui per condictionem triticariam conuentus fuit ad rem dandam siue in specie consistat illa, siue in genere, non ideò tamen ad dandam illam præcisè ac tradendam condemnetur, sed tantùm ad æstimationem vt executionem pati cogatur in pecunia? Minus siquidem iuris habet ad rem ipsam præcisè obtinendam, qui alienam rem persequitur vt sibi detur, quàm qui suam petit, cuius iam dominium habet.

ERROR SECVNDVS.

De necessitate concipiendæ condemnationis in pecunia ad executionem iudicati. Ad l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit. l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. dominus 36. D. de liber. caus.

QVID? inquies, An non perinde facti est pecuniam soluere ac numerare atque rem ipsam tradere? Ita sanè est. Et idcirco fit condemnatio & executio iudicati ad eundem modum siue species, siue merx aliqua, siue denique pecunia debeatur: Nisi quod cùm pecuniaria fuit petitio, nulla conuersione opus est rei petitæ in pecuniam: quæ tamen conuersio prorsus necessaria est cùm aliud quidlibet extra pecuniam in iudicium deductum fuit, Non vt pecuniam magis, quàm rem aliam soluere cogi possit is, qui condemnatus est, cùm vtroque casu ad faciendum præcisè cogeretur. Sed vt victor & ciuiliùs & expeditiùs iudicati emolumentum & effectū consequatur nulla vi condemnato illata, nullàque manu militari adhibita, sed

Digitized by Google

magistratu qui iudicem dederat & ad quem iudicati executio pertinet, id agēte, vt pecunia quæ ex iudicato ipso deberi cœpit, explicari soluique possit per capionē & distractionem pignorum, nullo in eam rē exquisito facto cōdemnati, quem sufficit præstare patientiam, ne quid per vim aut frustrationē & tergiuersationem ad impediendam iudicati executionem moliri videatur *l.2.4.& 5.l.si longius 7.& l.vlt.C.de execut.rei iud.l.à Diuo Pio 15.in princ.& per tot. D.de re iudic.* Idq; est quod iactare nostri solent factū iudicis esse factum partis *l.si ob causam 13.C.de euict.* Et quod elegantiùs Imp. Antoninus *in l.1.C.si in caus.iud.e.pig.capt.sit.* In vicē iustæ obligationis succedere authoritatē iubentis ex causa. Sic n. legendū arbitror, non vt vulgo *ex causa contractus.* Nullus siquidē contractus est, qui hanc iubentis authoritatē inducat, sed sola authoritas iudicati. Neq; tamē illa simpliciter, sed tantùm *ex causa*, id est ni pecunia illa soluatur, quæ ex iudicato debetur, *d.l.4.§.ait prætor D.de re iudic.* Non.n. priùs peruenitur ad capionē pignorum quàm tempus præterierit, quod iudicato ante omnia dandum est ad soluendum. Quo elapso, captísque subinde pignoribus, adhuc duo menses expectandi sunt, priusquàm pignora in iudicati executione capta distrahantur *l.debitoribus 31.eod.tit.* Quod autem dicimus, non ex causa præcedentis contractus, sed ex causa tantùm illa, quòd iudicato paritum non sit, authoritatem iubentis succedere in locum iustæ obligationis, hactenus scilicet vt bona quæ in iudicati executione capta sunt pignoris vinculo perinde teneri & obstricta esse intelligantur acsi iusta conuentione pignoris obligata essent, & postmodū si intra duos menses pecunia soluta non sit, distrahantur tanquam iustè obligata, vel ex eo maximè apparet, quod fieri quandoque potest vt ex causa iudicati conueniri possit is qui ex causa præcedentis contractus super quo iudicatum est nullomodo tenebatur, vt in specie *l.3.§.idem scribit D.de pecul.* Sed & cùm sit verum quod ait *l.vltim.C.de vsur.rei iudic.* actione rei iudicatæ nouari priorem contractum, qui obsecro fieri potest, vt post rem iudicatam in vicem iustæ obligationis succedat ex causa prioris contractus authoritas iubentis? Quid item si nullus contractus præcesserit, sed ex qua alia causa quàm ex contractu actum sit & iudicatum? Nam vt obligationes ita & actiones non solùm ex contractibus nascuntur, sed etiam ex quasi contractibus, itémque ex delictis & quasi delictis, adeóque ex aliis prætereà variis causarum figuris, vt Iustinianus scribit *in Tit. De obligat.* Non ergo dubitandum est quin irreptitia sit delendáque dictio illa *contractus*, tanquam addita ab imperito aliquo interprete qui præcedentia verba *ex causa* si nihil adderetur, nullius sensus esse existimabat, & quem rursum fallere potuerunt priora illa *in vicem iustæ obligationis* quasi Imper. sensisset de iusta obligatione, ex qua & actum fuisset, & secuta condemnatio. Cùm tamen de iusta obligatione pignoris post rem iudicatam contrahendi, lex intelligat. Hoc sensu vt quamuis in iudicati executione nulla pignoris conuentio secuta sit quæ iustam pignoris obligationem inducere potuerit, perinde tamen acsi conuentio præcessisset teneantur iure pignoris bona capta ex authoritate & iussu executoris cui iubendi ius fuit, Facto scilicet magistratus aut executoris ab eo ad exequendum dati, supplente ac repræsentante factum debitoris & condemnati. Quomodo etiam aliis quibusdam casibus factum hominis suppletur & repræsentatur à lege, vt *in l.vltim. Cod.si mancip. ita fuer.alien.* Hac tamen differentia, quòd obligatio quæ ex conuentione pignoris nasceretur esset iusta, id est iure ciuili cognita & adprobata, quia ius ciuile agnoscit conuentionem pignoris pro iusta, ex eáque nasci vult obligationem & actionem

actionem quæ ipsa quoque ciuilis est & consequenter iusta. Cùm tamen obligatio illa pignoris quæ inducitur ex capione bonorum in iudicati executione captorum vt distrahantur non sit iusta, id est iuris ciuilis, sed prætoria, quia totum ius illud sic exequendarum rerum iudicatarum, descendit ex edicto Prætoris *d.l.4.§.an Prætor & l.seq. D.de re iudic.* Qui certè verus & germanus sensus est illorum verborum *in v cem iustæ obligationis*, nescio an ab vllo adhuc interprete obseruatus. Et huc rursum pertinet quod iam attigimus ex *d.l.vlt. Cod.de exec.rei iudic.* actione rei iudicatæ nouari priorem contractum. Quid enim hoc aliud est, quàm post latam sententiam non esse amplius laborandum quid fuerit in pristina obligatione, aut in actione quæ in iudicium deducta fuit, Sed illud tantùm inspiciendum, quid deductum sit in condemnationem, quoniam cùm res iudicata pro veritate habeatur, nec aliud deberi potest quàm quod ex iudicato debetur, nec aliunde quàm ex iudicato *l. si fundus 16. §. si pluris D. de pignor.* Proinde post iudicatum id tantùm curare magistratus debet qui iudicem dederat, vt quàm commodissimè fieri possit, iudicato pareat condemnatus victorique satisfaciat, quod porrò non aliter aut meliùs & ciuiliùs fieri posse visum est quàm si condemnatio cuiuscumque rei etiam speciei in pecunia fieret: Quandoquidem pecunia ex qualibet re fieri potest, per negotiationem *l. venditor 21. D de hered.vel act. vendit.* sicut & res quælibet per pecuniam æstimatur *l.si ita fideiussorem 42.D.de fideiuss.* In eóque minorem conquerendi occasionem habet is cui merx quàm cui species debebatur, Cùm is qui pecuniam habet faciliùs ex ea mercem comparare possit quàm speciem quæ sit eiusdem bonitatis & qualitatis. Qua de causa parum abest quin res istæ quæ recipiunt functionem in suo genere, eandem etiam in pecunia recipere videantur: Quamquam non omnino ita est, Alioquin dicendum esset licere illi qui triticum aut vinum debet vt pro tritico vel vino soluat pecuniam creditori etiam inuito ante sententiam, quod tamen nemo dixerit. Sed alia ratio est mercis debitæ, alia mercis in condemnationem deductæ, quia inter has causas differentia nō inelegans illa est, quòd conuersio mercis in pecuniam ante condemnationem in triticaria fieret inuito creditore, cuius tamen voluntas omnino necessaria & exquirenda est vt ei satisfactum dici possit. At conuersio quam dicimus per iudicatum fieri eius rei quæ petitione ac iudicio continetur in pecuniam, fit creditore ita volente cùm fiat ex vi formulæ & ex edicto Prætoris. Nec enim aliam aut condemnationis, aut executionis formam vrgere creditor posiit quàm quæ iure publico & edicto perpetuo præscripta est. Et quāuis fiat inuito debitore, causaturo fortè non pecuniam à se deberi, sed vel mercem vel speciem, parum tamen curamus ipsius voluntatem quia sicuti iudiciū redditur in inuitū *l. inter stipulantē 83.§.1. De verb.obl.* ita & multò magis cōtra inuitū fit iudicati executio, in qua & iudiciorū & rerum iudicatarum vigor effectúsq; totus consistit *l.pen.C.de exec.rei iudic.* debétque sibi imputare debitor, cur non rem ipsam debitam soluerit, cùm posset, eo tempore quo petebatur *d.l.2. D.de vsur.d.l.cùm fundus 3. D.de reb.cred.* Quemadmodum è contrario recusare non potest creditor pro quo iudicatū est, quominùs in obtinendo & exequendo iudicato suam voluntatē accōmodet ad voluntatē magistratus, cuius beneficio sicuti iudicē habuit, ita & condemnationē retulit, & iudicati exequendi facultatē quam neque sibi authoritate propria posset adrogare *l.miles 6.§.qui iudicati D. de re iudic.* neq; propria vlla cōuentione meliùs sibi prospicere, cùm necessariò si res ei non sit cum debitore qui vltrò satisfacere sit paratus, deueniendum sit

Digitized by Google

ad sententiam, sempérque commodior sit parta persecutio ex causa iudicati, quàm si res ad initium alterius petitionis redigeretur *l. minor annis 40. in princ. D. de minor.* Nam & ex eo fit vt quamuis nemo cogatur emere *l. nec emere 16. C. de iur. del. b.* creditor tamen in executione iudicati ex officio emere debeat vice extranei emptoris si alius emptor nullus existat *l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Hinc est quod in iudicati actione quæ ipsa nihil aliud quàm iudicati executio est non priùs ratio haberi debet eius cui priori reus condemnatus fuerit, sed qui prior fuerit in exequẽdo *l. in iudicati 61. D. de re iudic.* nisi anterior creditor habeat pignus aliquod conuentionalẽ, vt *in l. à Diuo Pio 15. §. quòd si res eod.* Nempe quia neque prioris actionis adeóque nec contestationis ratio vlla haberi potest, sed tãtùm condemnationis, cùm id quod ex iudicato petitur non tantùm noua actione petatur, sed etiam plerumque aliud sit, quàm quod in petitionem & iudicium deductum est, Quando nihil vnquam nisi pecunia ex iudicato petatur, etiamsi merx vel species antea deberetur, Ideóq; non possit recusare victor, etiam cui reus mercem vel speciem aliquam dare vel tradere debuit, quominùs pecuniam accipiat. Extra casum *l. dominus 36. D. de liber. caus.* vbi Papinianus scribit, dominum qui in liberali causa obtinuit, si seruum suum abducere velit non esse cogendum pro eo accipere litis æstimationem. Quibus verbis non obscurè innuit Papinianus aliter in cæteris causis obseruari solere, vt æstimationem rei pro re ipsa accipere victor cogatur, Nisi malit reus rem illam quæ in iudicium deducta est ante condemnationem præstare: Nec enim dubitandum est, quin hoc ei liceat si velit, & actor consentiat, quomodo consentit qui agit triticaria. Quando nihil aliud intendit Prætor nisi vt actori satisfiat per iudicatum & iudicati executionem, quomodo in specie non valde dissimili ratiocinatur Vlpianus *in l. 1. §. inde quæritur D. de oper. noui nunciat.*

ERROR TERTIVS.

De sententia l. vlt. C. de vsur. rei iudic.

His quæ diximus de condemnatione semper concipienda in pecunia valde obstat quod scriptũ est *in l. vl. C. de vsur. rei iud.* illis verbis *vt liceret victoribus, relictis propter legem condẽ̃atis personis, à fideiussoribus eorum vel mandatoribus statim pecunias vel res in condemnatione positas exigere.* Nam siue horum verborũ hunc sensum esse velis, vt in executione iudicati neque res ipsa quæ in condemnatione posita est, neque pecunia & æstimatio pro re petatur præcisè sed alternatiuè & disiunctim vel pecunia in quam conuersa est condẽnatio, vel res posita in condemnatione, si eam præstare condemnatus volet, Admittit Iustinianus posse in cõdemnatione poni rem ipsam, non pecuniam, quod ego probabilius arbitror, significare Iustinianus voluerit aliã olim fuisse rationẽ reorũ & principaliũ debitorum cõdemnatorũ, aliam verò fideiussorum & mandatorum non condemnatorum. Vt aduersus reos condemnatos ea obtinerẽt quæ diximus vt neque statim vrgeri possent, sed humanitatis gratia spatium haberent, & vt Iustinianus loquitur laxamentum duorum mensium, neque aliud ab iis posset exigi inuitis quàm pecunia quæ in condemnationem deducta vel in quam condemnatio conuersa esset. In fideiussoribus verò vel mandatoribus condemnati obseruaretur è contrario vt quia ipsi condemnati non essent, neque spatium vllum haberent ad soluendum, neque recusare

Digitized by Google

recusare possent quominùs rem quæ in condemnatione posita esset soluerent siue pecunia, siue merx aut species in condemnationem deducta proponeretur. Apparet idipsum semper Iustiniano placere, quod nos negauimus etiam in triticaria, Posse ita concipi condemnationem vt in ea res ipsa ponatur non pecunia. Nec sanè dubito quin ex Tribonianea Iurisprudentia hoc quoque Iustinianus sumpserit, vt petita specie vel merce non patiatur litem æstimari quod tota vetus Iurisprudentia senserat, sed rem ipsam petitam in condemnationem deduci velit. Vt aliunde constat satis ex *l. qui restituere 68. De rei vindic.* quam toties diximus & ostendimus esse Triboniani & ex *l. vlt. C. de fideicom. libert.* Quod tamen *in d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Iustinianus constituit in fauorem fideiussorum vel mandatorum qui nondum fuerint condemnati, euidentem habet rationem. Cùm enim iudicati actio personalis esset aduersus cōdemnatum, ideóq; aduersus fideiussores & mandatores non condemnatos porrigi nequiret, multóq; minùs nouare actionem pristinam quæ contra fideiussores & mandatores competebat, Vtiq; fatendum est, nō alia quàm pristina illa actione cōtra eos agi posse, quia non actionis iudicati sed primæ obligationis fideiussores vel mādatores fuerunt. Et consequenter, quod ad eos pertinet, non tā inspiciendū esse quid hodie, id est in executione iudicati præstare condēnatus possit vel debeat, quàm quid fuerit positum in condemnatione rei, quia illud ipsum est quod in pristina fideiussoris vel mandatoris obligatione inuenitur. Ergo merx ipsa vel species, non pecunia pro merce vel pro specie posita in condemnatione, secundum Tribonianeā iurisprudentiam. Quia fideiussores quoq; vel mandatores condemnari necesse esset vt pro merce vel specie debita inuiti æstimationem exemplo debitoris inferre cogerentur. Nemo autem dixerit, Condemnato debitore vtiq; fideiussores ipsius vel mandatores hoc ipso condēnatos intelligi, cùm sit aduersus eos necessarius nouus processus vt pragmatici loquūtur, præterquàm in fideiussore Iudicio sisti. Interim tamē conueniri possunt, & quidē statim si ius vetus inspicias quod Iustinianus ea constitutione correxit, at non tanquā condemnati sed tanquam debitores. Etsi autem ius vetus hac parte à Iustiniano emendatū est hactenus vt condēnati debitoris fideiussores vel mādatores non possint hodie prius cōueniri quàm præterierit tēpus quod ipsi cōdēnato indulgetur ad soluendū ne bonorū suorum capionem interim pati cogatur. Quòd alioqui futurū ei sit inane beneficium legis si non ad ipsius quoq; fideiussores & mādatores extendatur, Illa tamen ex iure vetere mansit differētia, quòd non magis hodie quàm olim potest debitoris condemnati fideiussor conueniri ex iudicato, aut eius bona capi pignori, Sed tantùm manet ille obligatus, vt à quo demùm tempore potest iudicati executio peragi aduersus condēnatum debitorem captis distractísq; pignoribus, possit etiam fideiussor pristina actione cōueniri ex propria obligatione, vt victori præstet idipsum quod positū fuit in condēnatione: Alioqui non quidem bonorū suorum vēditionem pati cogatur acsi & ipse iam esset condēnatus, sed condemnandus tamen sit ex obligatione fideiussoria, subinde post condemnationē suorū quoq; bonorum venditionem ex nouo iudicato passurus, ni satisfaciet. Deniq; separāda est exactio quæ fit ex obligatione conuentionali ab ea quæ fit ex iudicato, & in executione iudicati. Exactio quæ fit ex obligatione non alterius rei fieri potest, quàm eius quæ in obligationem deducta fuit siue contra reum ipsum fiat, siue contra eius fideiussores & mandatores. At quæ fit ex iudicato nunquam fit nisi pecuniæ, tametsi merx aut species aliqua posita fuerit in obligatione, nec aliud

quàm pecunia poni potest si Papinianum & prudentes omnes veteres potiùs quàm Tribonianum consulamus, apud quos nulla frequentior mentio quàm æstimationis litis, scilicet quoniam vt toties iam inculcauimus in condemnatione, neq; aliud expeditius & promptius remedium habuit Prętor ad exequendas res iudicatas, quàm per capionē & distractionem bonorū condemnati, Neq; rursus potuit facere vt ex distractione pignorum in iudicati executione captorum aliud quid præterquàm pecunia redigeretur, Potest enim ex quacumque recōfici pecunia, non merx aut quælibet alia species. Porrò solui pecuniam ei cui non pecunia sed merx aut species deberetur inconueniens certè fuisset nec minùs à prætorij quàm iuris ciuilis ratione alienum, Cùm nullo iure possit liberatio per solutionem contingere nisi soluto demum eo ipso quod debetur, præterquàm cùm satisfactio pro solutione est, id est cùm solutio fit ex vtriusque voluntate. Itaque prius erat vt Prętor iuberet conuerti debitum mercis vel speciei in pecuniam inuito etiam debitore, Ne cogeret victorem inuitum pro merce vel specie debita postquàm ea in condemnationem deducta esset, pecuniam accipere. Et quamuis suprà dixerimus excipiendum esse casum illum quem Papinianus tractat *in dict. l. dominus*, Si tamen verum amamus, non tam exceptus aut excipiendus ille casus est, quàm à tractatu nostro seiungendus. Nam in liberali causa in qua quæritur, liberne quis sit an seruus, etsi alterutrum pronunciandum est, nulla tamen condemnatio fit, sed tantùm pronunciatur seruus is qui se liberum contendebat aut liber is qui in seruitutem petebatur, Indéque fit vt ex eiusmodi pronunciatione quæ nec sententia, nec res iudicata, sed præiudicium est, nulla queat nasci actio iudicati in quam possit aut debeat venire pecunia, aut pro qua descendendum sit ad capionem & distractionem pignorum, Nec proinde quicquam quærendum sit de pecunia aut de conuertenda re de qua pronunciatum est in pecuniam, Nulla quippe necessitate id exigente, Præsertim cùm dominus qui obtinuit possit authoritate propria & tamquam dominus abducere seruum, neque in eam rem egeat authoritate Prætoris vt non malè à nobis iam explicatum est *lib. 16. Coniectur. cap. 17.* Hoc enim consequens est ei maximè quod suprà diximus, ideò necessariam esse ad executionem iudicati conuersionem speciei vel mercis in pecuniam, tùm quoque cùm actum est triticaria, quòd non possit victor propria authoritate iudicatum exequi, neque Prætor ipse aliter quàm per capionem & distractionem pignorum, ex qua tamen nihil nisi pecuniam, vt diximus corrogare possit, non etiam illud ipsum quod positum erat in obligatione. Quis ergo iam miretur, vt ad institutam de condictione sola triticaria disputationem redeamus, Etiam in actione triticaria æstimari litem & rem quæ deducta fuerat in iudicium, tametsi quisquis agit triticaria rem ipsam quæ debetur præcisè petat, indéque accidat vt ipsam quoque rem necesse sit æstimari præcisè inspecto tempore condemnationis *dict. l. 3. D. de condict. triticar.* Non ergo vtilitas triticariæ condictionis in eo est vt quis rem sibi debitam præcisè ac omnimodo consequatur, sed tantùm vt omnimodo sit illa si extet, æstimanda ex tempore condemnationis, ad hoc vt in executione iudicati si condemnatus reus in soluenda æstimatione moram faciat, tandem elapso tempore quod condemnatis datur, possit vrgeri captis distractísque pignoribus, vt patiatur satisfieri victori in pecunia, & quidem inspecto tempore, vt dixi, condemnationis, siue merx, siue species debebatur. Eáque fuit ratio dubitandi apud Papinianum *in dict. l. dominus*, propter quam videbatur cogendus dominus pro quo pronunciatum erat

Digitized by Google

erat in causa liberali vt pro seruo æstimationem litis accipere cogeretur, quoniam in cæteris causis ita obtinet vt litem æstimari oporteat, nec nisi æstimationem consequi victor possit. Sed decidendi ratio quæ hanc tollit illa est, quòd, vt diximus, pronunciatio quæ fit in causa liberali siue pro libertate, siue contra libertatem, nullam inducat condemnationem, nec proinde vllam iudicati actionem in qua obseruari possint ea quæ Prætor obseruari voluit in executione rerum iudicatarum. Sed priusquam progrediamur vlterius ad explicanda cætera quæ sequuntur *in dict.l.3.De condict.triticar.* tollendus scrupulus est qui aduersus ea quæ nunc docuimus insurgere possit ex eo quod ipsi quoque scripsimus *lib.6.Coniect.cap.*17. Posse empti actione præcisè cogi venditorem vt rem venditam tradat, nec liberari eum tametsi omne id quod emptoris interest ei præstare paratus sit. Id enim pugnare maximè videtur cum iis quæ nunc constituimus, dignúmque tractatum habet, de quo noui aliquid, & quòd fortasse melius sit, adferamus.

ERROR QVARTVS.

De venditore conuento præcisè ad hoc vt rem tradat emptori.

ETSI videtur hæc quæstio valde remota ab eo tractatu quem instituimus De condictione triticaria, maximè tamen pertinet ad ea intelligenda quæ scripsimus de couersione quam per iudicatum, & necesse est fieri in pecuniam, tùm quoque cùm actum est condictione triticaria, vt iudicati executio aliqua fieri possit. Nam si ita est, vt esse diximus, vel eam maximè ob causam quòd non solùm is qui obligatus tantùm est, sed & is qui iam condemnatus, numquam sit præcisè cogendus ad factum, ne vis ei & impressio fieri videatur. Difficile sanè est dicere, qua ratione verum esse possit quod iam olim Martinus contra Ioannem disputauit, & recentiores ferè omnes cum Martino defendunt, Venditorem qui nolit rem tradere malitque emptori præstare, quanti eius interest, cogi tamen posse præcisè vt rem tradat. Quam esse communem nostrorum sententiam testatur Didac. Couarr. *lib. 2. Var. resolut. cap.* 19. Eámque & nos aliquando secuti sumus, vt ex iis constat quæ scripsimus *lib. 6. Coniect. cap.* 17. Decepti authoritate viri doctissimi Iacobi Cuiacij, qui sic ad Paulum scripsit *lib.* 1. *Sent. titul.* 13. *De iudicat. §.* 4. vbi ad sententiam illam Pauli quæ habet, Si id quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditorem cogi posse vt tradat aut mancipet. Notat ille, Definiri eo loco quæstionem istam à Paulo pro sententia Martini: Quod cùm inspecto nudo verborum cortice satis probabile videretur, eo probabilius nobis visum est quod à viro doctissimo persæpè quidem, sed numquam tamen vitrò libentérq; dissentimus. Nunc verò vt ab eo dissentire liceat facilè impetrabimus, qui cum ipso errasse nos agnoscimus, nec Pauli locum illum ad rem quicquam facere arbitramur. Nam si rationem iuris cõsulimus, fatentur omnes quod nemo, nisi stultus negare possit, tradendi obligationem non tam ad ius quàm ad factũ pertinere, id est eum qui ad tradendum obligatus est oblatum esse ad factum *l.4.D.de vsur.l.si rem trad.*28.

D.de verb.oblig. cùm traditio sit facti *l.consilio 7.§.vlt.D.de curat.furios.* In obligationibus autem faciendi nemo nescit generale & perpetuum esse vt ex iis non alia nascatur actio quàm in id quod interest. *l. si quis ab alio 13. in fin. D. de re iudic.l.stipulationes non diuiduntur 72.l. quoties quis alium.§1. de verb. obligat.* Quæ ratio funditus euellit contrariam qua mouentur, qui defendunt obligari venditorem ad præcisam rei traditionem. Aiunt enim, Aliud pro alio inuito creditore solui non posse *l.2.§.1. D.de reb.credit.* Aliud autem esse rem tradere, Aliud verò præstare quanti intersit rem tradi. Quod si generaliter verum esset, vtique consequens fieret vt ex omnibus faciendi obligationibus non ad pecuniam sed ad factum præcisè agi oporteret, contrà quàm scriptum sit supradictis aliisque propemodum innumeris iuris locis. Neque tamen verum est tùm quoque cùm ex faciendi obligatione agitur aliud pro alio solui inuito creditore, Siquidem soluitur idipsum quod petitur, cùm pro facto pecunia præstatur, quia vt diximus nihil nisi pecuniam petere potest is cui factum debebatur, Ita constituto iure ne contra leges, & publicam honestatem peccetur, si facti debitor cogatur præcisè ad faciendum, quod sine vi & impressione fieri numquam posset. Itaque non tam de ipso debitore conqueri potest creditor qui pecuniam pro facto inuitus accipere cogitur, quàm de legibus quarum authoritate fit, vt aliud pro alio inuitus petere cogatur, quod eidem non solùm volenti sed etiam petenti postea soluitur. Petit quidem inuitus, sed accipit volens, qui recusare non potest quominùs id ipsum accipiat, quod petit. Nec rursus ad hác obiectionem responderi potest quod nos aliquando respondebamus factum quod in traditione versatur, non esse ex eorum genere quæ vt quis faciat cogi non possit sine vi & impressione, Quasi per obligationem tradendi non tam illud agatur vt tradẽtis factum aliquod interueniat, quàm vt in eum cui tradi res debet possessio quoquomodo transferatur. Possit autem iudicis authoritate auocari possessio, & in eum cui tradi debuerat transferri, adeóque manu militari si exequendæ iudicis sententiæ ratio alia non supersit, vt *in l.qui restituere 68.D. de rei vindic.* Totum enim hoc falsum esse nunc agnoscimus, quia quòd venditor tenetur ad venditam rem tradendam non eò tantùm pertinet vt possessio in emptorem transferatur, sed vt etiam dominium cum possessione si dominus fuerit is qui vendidit *l.ex empto 11.l.si quis 46.D.de action.empt.* Nemo enim videri potest eam rem vendidisse de cuius dominio id agitur ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus *l.penult.§.vltim. D. contr.empt.* Atqui fieri non potest vt dominium in emptorem transferatur aliter quàm per traditionem vel mancipationem & quidem ab eo ipso factam, qui sit dominus, quoniam nec alia ratio est propter quam dominium per traditionem transferatur & iure gẽtium & iure Quiritium, quàm quia naturale sit voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9.§.hæ quoque res D.de acq.rer.dom.l.traditio 20.l.nũquam nuda 39.eo.ti.* Estq; in eam rem inutile remedium & auxilium manus militaris, quia cùm sit quid meri facti non nisi ad possessionem quæ facti quoq; est transferendã prodesse potest, non ad causam transferẽdi dominij quod meri iuris est. Quare nec illo exẽplo vti possumus quod adduximus ex *d. l.qui restituere*, quia tametsi locus is nõ Triboniani esset, vt credimus, sed Vlpiani, ad eũ tamẽ casum pertinet quo possessor rei vindicatione cõuĕtus, & eam rẽ domino restituere iussus nolit parêre, quo casu cùm nõ egeat vt magis dominus fiat is qui iã dominus est, nulla traditione opus est sed sola possessionis adprehẽsione quæ per manũ militarem,

litarē ſine vllo poſſeſſoris facto ſequi poteſt. Vſq; adeò autē fieri nequit vt ſiue manu militari, ſiue quo alio modo trāsferatur rei venditæ dominium in emptorem citra vllam traditionem, vt neq; præciſo ipſius Prætoris aut alterius magiſtratus imperio fieri hoc poſſit, Nec ſi de bonitario tantùm dominio transferēdo agatur, Non ſolùm quod inter modos transferendi iure Quiritium dominij *lex* numeretur ab Vlpiano *in fragment. Tit.19. De acquiſit.rer.* ad excluſionem Prætoris & aliorum magiſtratuum ex quibus nemo eſt qui legem facere poſſit *§.quos autem Inſt.de bon. poſſ.* Sed etiā quia dominium bonitarium numquā acquiritur ex edicto Prætoris ſine traditione aut alia re quæ ſit vice traditionis *l.2.§.vltim.D.ſi ex noxal. cauſ.agat.l.3.D.ſi vſuſfr.pet.l.ſi finita 15.§.Iulianus D.de damn.infect.* Traditio igitur omnino neceſſaria eſt, eáq; à venditore ipſo faciēda, vt rei venditæ dominium quod penes eum fuit in emptorem trāsferatur. Et conſequenter fatendū eſt meri facti eſſe obligationem iſtā tradendi, nec magis fieri poſſe ſine vi & impreſſione vt venditor præciſè cogatur rē tradere, quam vt pro te Romam eat, vel tabulam pingat. Quòd ſi omiſſa iuris ratione quæ tamen ſemper curanda & quærēda eſt, legibus agere volumus, Quàm multos habemus iuris locos, in quibus ſcriptū eſt Vēditorem ſi rem non tradat teneri ad omne id quod intereſt emptoris *l.1.l.ex empto 11. §.& in primis & §.idem ait l.ſi iactum retis 13.l.Quintus 40.D.de act.empt.l.ſi traditio 4. C.eod. l. qui tibi 6. C.de hered.vel act.vend.* Sed omnium apertiſſimus eſt qui electionem dat venditori *in l.contractus 17.C.de fid.inſtrum.* in illis verbis *neceſſitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere,* quod ipſum nihil aliud eſt quàm rem venditam tradere *vel id quod emptoris intereſt perſoluere.* Quibus verò legibus obſecro in contrariū nituntur contrariæ ſententiæ aſſertores? Iis nimirum quibus ſcriptū eſt, Obligatori venditorem ad hoc vt rem tradat, vt *in d.l.ex empto in princip.§. precium. Inſt.de empt.& vendit.§.perficiuntur Inſt.de dōnat.l.ſiſilvias 78.§.fundum D.de contr.empt.l.magis puto 5.§.ſi pater D.de reb. eor.qui ſub tutel.* At hoc quis negat? Aut quænam alia ratione defendimus venditorem ſi rem non tradat teneri ad id quod emptoris intereſt, quàm quia iure obligatus ſit ad rem tradendam? De illo tātùm diſputamus, an cogi poſſit præciſè vt tradat, An verò ſub ea tantùm diſtinctione, & alternatione, Niſi quicquid intereſt emptoris præſtare malit. Nullus porrò iuris locus eſt quo probari poſſit teneri eū præciſè ad tradendū, repugnántq; ij omnes quos pro nobis citauimus. Nā quod ſcriptū eſt *in d.§.precium, tunc omnimodo ſecundū eius æſtimationē & precium perſoluatur, & res tradatur*, nō de præciſa rei vēditæ traditione intelligi debet vt aduerſarij putāt, ſed de præciſa neceſſitate vēditionis adimplendæ & ad effectū perducendæ datis vtrimq; actionibus empti & vēditi, vt verba illa ſequētia demōſtrant, *& vēditio ad effectū perducatur, emptore quidē ex empto actione, vēditore ex vēdito agēte.* Perinde aūt adimpletur vēditio præſtante vēditore quicquid emptoris intereſt ob rē non traditā atq; ſi res traderetur. Quid.n.amplius intereſſe poteſt eius cui præſtatur quicquid intereſt? Fietq; hoc apertius ſi iungas Iuſtiniani conſtitutionē *in l.vlt.C.de contr.empt.* vnde is Inſtitutionū locus ſumptus eſt. Sic enim habet *omnimodo ſecundum eius æſtimationem & precium perſolui, & venditionem ad effectum perduci,* nulla rei tradendæ facta mētione. Nec alius Iuſtiniani ſenſ[illegible] eſt *in d.§.perficiuntur Inſt.de donat.* in illis verbis *& ad exemplū venditionis* [illegible] *ſtra conſtitutio eas etiam habere neceſſitatem traditionis voluit.* Neceſſitate[illegible] nim traditionis intelligit obligationem tradendi tanquam ex perfecta v[illegible] tione vel donatione, non etiam obligationem præciſè tradendi. Sola n[illegible]

[illegible] is
no-
n e-
ndi-
amque

Digitized by Google

obligatio sufficit ad inducendam necessitatem illam, cùm nihil aliud obligatio sit quàm iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ secũdum nostræ ciuitatis iura, vt habet definitio obligationis. Itúmque est duplicem esse necessitatẽ, Præcisam vnam, Causatiuam alteram, De qua intelligi sanè debent ferè omnes iuris loci quotquot de necessitate faciendi loquuntur *l. si mulier 21. §. si metu D. quod met. caus. l. si patre cogente 22. D. de rit. nupt.* quia necessitas præcisa semper aliquid habet inciuile propter admixtam violentiam. Qua de causa etiam metus necessitatis interdum pro necessitate est, sicut & metus coactionis pro coactione vt *in l. nouissimè 7. §. 1. D. quod fals. tutor. author.* Quare nec malè quis dixerit necessitatem habere eundi Romam eum qui tibi promisit se pro te iturum Romam, Neq; tamẽ ideò quisquam bene negauerit liberari eum posse ne pro te Romam ire cogatur præcisè, si quicquid ex ea causa interest tua, præstare malit. Nam nec flagris & verberibus aut aliis tormentis etiamsi maximè id tibi liceret, assequi vnquam posses vt Romã inuitus iret si ire nollet, Nimirum tã liberum homini est à natura vt velit aut nolit, quàm necesse est vt homo sit, adeóque tametsi seruus proponatur. Habet enim dominus potestatem vitæ ac necis in corpus serui, sed in voluntatem ipsius non habet, nec eò vsque potest verberum vis, aut metus pertingere *l. qui in aliena 6. §. vltim. aliàs l. eum qui metu verberum D. de acquir. hered.* Fortior cõtra nos videri possit obiectio illa, quæ nobis aliquando placebat ex *l. si cùm fundum 68. §. vltim. D. de contr. empt.* vbi Proculus scribit, Solere plerosque in venditionibus addere verba illa *dolus malus à venditore aberit*, quem tamẽ abesse semper oportet, etiamsi nihil de eo adiectum sit, Non videri autem abesse si per venditorem factum est fiétve quominus fundum venditũ emptor possideat. Erit ergo, inquit, ex empto actio non vt venditor vacuam possessionem tradat, cùm multis modis accidere poterit, ne tradere possit: sed vt si quid dolo malo fecit, aut facit, dolus eius æstimetur. Quibus verbis videtur Proculus in ea esse sententia vt non dubitet quin cogẽdus sit venditor vacuã rei vẽditæ possessionẽ tradere si quo modo fieri possit vt tradat, nec deueniri debeat ad æstimationẽ doli, hoc est, ad pręstationẽ eius quod interest, tũ quoq; cùm dolus vẽditoris intercessit, nisi cùm aliqua de causa impeditur vẽditor ne rem tradere possit. Sed respõderi cõmodè potest, quod ex suprà relatis Proculi verbis probatur apertissimè, Ita demùm obligari venditorẽ ad tradendum, si res vendita tradi possit: Si enim qua de causa tradi nõ possit, rationem iuris non pati vt obligetur ad eam tradendam. Multóque minùs ad id quod interest tradi eam, puta si homo venditus mortuus sit ante moram, *l. si homo mortuus 69. De verb. oblig.* aut fundus publicatus & assignatus militibus vt *in l. Lucius 11. D. de euict.* cùm vt habet iuris regula impossibilium nulla sit obligatio etiam interposita stipulatione *l. impossibilis 7. De verb. oblig.* Quantò magis si agatur ex contractu bonę fidei qualis est contractus venditionis. Neque enim bona fides vnquã patitur vt cõdemnari quis debeat ob id, quia non faciat quod facere etiamsi maximè velit, non possit. Et tamen si dolo malo vẽditoris factum sit ne rem ipsam venditam tradere possit, æquum est & ex bona fide dolũ ipsius non manere impunitum. Præsertim verò si cauerit Dolum malum abesse abfuturúmque esse. Ideóque dicendum est hoc casu ex sententia Proculi dandam esse actionem ex empto contra venditorem, non vt vacuam possessionem tradat, quæ tradi amplius non potest, neque ad tradendi obligationem æstimandã, quæ intercidit statim atque desinit res tradi posse, cùm solo bonæ fidei & æquitatis vinculo ea obligatio sustineretur, sed ad hoc solũ vt dolus ipse venditoris æsti-
metur.

metur. Quod.n.ex prima illa obligatione quę fuit rei tradēdæ nulla potest sequi cōdemnatio, neq; ad rem tradēdam, neque ad id quod interest, ob hoc quòd res non tradatur, tātò magis facere debet vt dolum æstimari, puniriq; oporteat, per quem hoc ipsum factum est, ne alia sequi cōdemnatio vlla possit: Quæ si aliqua sequi posset, puta si dolo malo & per procaciam venditoris res vēdita nō traderetur, quam tamen tradi si vellet ille, nihil prohiberet, nihil esset necesse tractare de dolo æstimando, quia sufficeret æstimari quanti reuera interesset emptoris, Nec augeretur condēnatio ratione doli, qui interuenisse probaretur: Quando nec si propria actione De dolo, dolus hic vindicaretur, ad aliud tamen dari posset, quàm ad id quod emptoris interesset *dict.l.si traditio 4. C.de action.empt.* iunct.*l.arbitrio* 18.*in princ.D.de dolo.* Illud enim certè verissimū est quod supradicto Coniecturarum loco pluribus probauimus, In actione empti numquam iurari posse in litem quia per eam non petit actor rem quæ sit iam sua, sed eam quæ adhuc sit aliena licèt vendita: Vt verò res æstimetur supra verum precium, aut quod difficilius est, id quod interest suprà quàm reuera intersit, non nisi per iusiurandum in litem fieri certè potest *l.1.l.tutor.8.D.de in lit.iurand.* In summa quoties id quod actoris interest, siue emptor ille sit siue alius, æstimatur officio vel arbitrio iudicis, citra iusiurādum in litem, nulla doli æstimatio fit, nec quicquam refert an dolus aliquis interuenisse probetur an nullus. Quia condemnationem quæ hoc casu etiam nullo dolo interueniente facienda esset, accedens dolus augere numquam potest, qui tamen solus potest condemnationem inducere si talis species proponatur in qua irrogari condemnatio alioqui nulla posset. Atque ita Proculi sententia explicanda est, quę porrò sic explicata nihil sententiæ nostræ aduersatur.

ERROR QVINTVS.

De sententia l.si quis alienam 46.D.de action.empt.& ad Paulum lib.1. Sentent. Tit. 13. De iudicat.

LONGE minùs obstat nostrę sententiæ quod nos rursum obiiciebimus *ex l.si quis alienam 46.D.de action.empt.* vbi Paulus scribit, Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore, id est, post vēditionē quidem, sed ante traditionem domino rei heres extiterit, cogendum eum esse implere venditionē. Etsi enim nihil hoc aliud est, quàm rē tradere, & ea facere quæ in vēditione desiderantur, vt & Accursius noster ad eum locū interpretatur, non ille tamen Pauli sensus est vt hoc casu magis quàm alio vllo cogi possit vēditor ad præcisam rei traditionem. Sed hic potiùs vt nō possit hic vēditor recusare rei vēditæ traditionem eo prætextu, quasi mutatus hodie sit rei status, nec fuerit ille obligatus ex causa vēditionis rei alienæ ad tradēdū nisi hactenus vt possessionē rei vēditæ in emptorē trāsferret, non etiam vt dominium quod venditionis tēpore non habebat: Et quod tamen simul cum possessione in emptorem transire necesse esset si hodie post acquisitum venditori dominium res vendita traderetur. Quæ tota nec inelegans dubitandi erat ratio ad eum locum, sed quàm fortior illa decidendi ratio conuincit, quòd vereri non debeat venditor, ne transferendo dominium rei venditæ, cuius non fuerat dominus tempore venditionis, plus præstet quàm præstare ex vendito debeat, quia licèt ex natura venditionis non sit obligatus

venditor ad dandum id est ad transferendum dominium in emptorem sed tantùm ad tradendum, id est, ad præstandam vacuam rei venditæ possessionem, ideóque placeat etiam rei alienæ perinde ac propriæ venditionem valere *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Est tamen ex natura venditionis, vt omne ius quod per traditionem transferri potest in emptorem transferatur, ac proinde etiã ius dominij si fortè venditor reperiatur dominus tempore traditionis *d. l. ex empto 11. §. & in primis D. de action. empt.* Adeò vt nec valeat pactum in venditione appositum quo conuenerit ne dominium transeat in emptorem *d. l. pen. §. vlt. D. de contr. empt.* Neque verò vllum in eo venditoris damnum est qui si rem alienã traderet quæ postmodùm à domino euinceretur, tanti eo nomine condemnari deberet quanti emptoris interesset *l. 1. l. si in venditione 61. & pass. D. de euict.* Quidni ergo perinde rem venditam quæ nunc ipsius est tradere teneatur, atque si adhuc esset aliena? An forassis pauperior fit ob id, quod à metu & periculo actionis de euictione liberetur? Imò locupletior fit qui amittit creditorem, & ab obligatione liberatur *l. si pupilli 66. in fin. D. de solut. l. species 11. D. de acceptilat.* Restat igitur vt Pauli sententia hæc sit, Venditorem hoc quoque casu perinde obligatum esse ad rem tradendam cuius dominium sibi post vẽditionem acquisiit siue ex hereditaria siue ex alia qualibet causa, ac si dominium illud nõ haberet. At non vt fortiùs & magis præcisè obstringatur ad tradendum, quàm si res aliena mansisset. Cæterùm vtroque casu si non tradat, certè condemnandus est non ad factum præcisè vt Martinus putabat, sed ad id quod emptor sua interesse probauerit *d. l. si traditio.* In quo semper verum rei precium continetur, nec minùs cùm alienam quàm cùm propriam rem quis vendidit *dict. l. 1. D. eod.* Nisi cùm conuenit vt euictio nulla præstetur. Quo casu sufficit reddi à venditore precium quod accepit *d. l. ex empto §. vlt. eod.* Nam & perinde impletur venditio cùm venditor præstat emptori quanti eius interest ex causa venditionis, atque si rem ipsam venditam traderet, Cùm vtroque casu emptoris si non desiderio, certè vtilitati satisfiat, præstita ei plenissima indemnitate. Haud secus ac si post rem iudicatam qua condemnatus fuisset venditor ad rem tradendam, præstaret ille emptori quanti eius interesset. Quis enim putet plus iuris habere emptorem ante sententiam, & ob hoc solùm quòd venditorem habet obligatum ex contractu, quàm si haberet eum iam condemnatum? Solet enim res iudicata meliorem facere conditionem illius qui obtinuit non deteriorem *l. 3. in princ. D. de vsur. l. euidenter 16. D. de except. rei iudic.* Quamquam inter hos casus hoc interest quod ante sententiam habet venditor ex ipsius contractus natura electionem, Vtrum præstare emptori malit, An rem venditam tradere vt effugiat condemnationem eius quod interest, An potiùs id quod emptoris interest persoluere vt se liberet ab obligatione tradẽdi. Vnde fit vt suo iure possit pro re vẽdita offerre pecuniam, quia vtroque casu id ipsum intelligitur offerre quod debet. At cùm per condemnationem fit vt pecunia pro re præstetur, fit illud beneficio magistratus & iudicis, qui debitum non pecuniarium cõuertit in pecuniam, vt facilior & expeditior iudicati executio sequi possit. Sed ad obligationes & actiones dandi hoc pertinet, non ad faciẽdi, ex quibus nulla nisi pecuniaria petitio sequi potest, quia statim atque factum nõ est quod fieri potuit & debuit, hoc est statim atque mora in faciendo commissa est, succedit in locum facti obligatio & præstatio eius quod interest, ita vt nihil nisi pecunia deduci possit non solùm in condemnationem, sed neque in petitionem *dict. l. stipulationes 72. De verb. oblig.* Sed neque ex dandi obligationibus cõdemnatur quis vnquam ad speciem

ad speciem ipsam aut mercē dandā sed semper ad pecuniā, quia & ad pecuniam semper agitur siue agatur condictione certi, vt in superioribus ostendimus *ex l. vinum 22. & l. cum fundus 31. D. de reb. credit. l. 1. l. vltim. D. de condict. tritic.* Siue actione aliqua quæ sit aut bonæ fidei aut arbitraria, siue talis sit in qua iurari possit in litem siue talis in qua non possit. Omnibus enim commune illud & quod pecuniariam habent condemnationem, sed maiorem cùm iuratur in litē, quàm cùm non iuratur, Sola condictio triticaria illa est ex qua deducitur ipsa res debita in petitionem, & in qua proinde ipsa etiam res debita deduceretur in condemnationem si non hoc quoque casu necesse esset litem æstimari, hoc est pecuniam in cōdemnationem deduci, vt iudicati executio tandē fiat. Verùm quid nos ad supradictum Pauli locum, ex Sententiarum libris desumptum respondebimus? Is enim vnus maximè est, qui & virum doctissimum Iacobum Cuiacium Pauli interpretem, & subinde nos fefellit. Quid verò est in ea Pauli sententia, quod nobis tantopere aduersetur? Nihil sanè. Nam quod Paulus ait, Si id quod emptum est neque tradatur neque mācipetur, venditorem cogi posse vt tradat aut mancipet, nihil aliud est quàm illud ipsum quod aliis plerisque locis scriptū esse iam diximus, & nemo negat obligatum esse venditorem ex natura contractus ad hoc vt rem venditam tradat. Sed non ideò consequens est, vt non æquè verum sit, quod alibi scriptum est, Si res vendita non tradatur, condemnandum esse venditorem in omne id quod interest emptoris *d. l. 1. d. l. ex empto 11. §. & ex empto d. l. si iactum 13. D. de action. empt. d. l. si traditio 4. C. eod. d. l. contractus 17. C. de fid. instrum.* Quòd si cui videbitur hoc esse tam apertum & indubitabile vt in libros Sententiarum Pauli conferri non debuerit. Respondeo dignam rem fuisse quam Paulus doceret, Cùm dubitari posset, An ex pacto venditionis & emptionis aliqua actio nasceretur per quam cogendus esset venditor ad rem tradendam aut mancipandā: Exemplo scilicet eius quod dici solet, Ex placito permutationis, nulla re secuta nemini actionem competere nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quæsiuerit partibus actionem *l. ex placito 3. C. de rer. perm. l. 1. D. eod.* Nam cùm origo emendi vendendique à permutationibus cœperit, vt ait idem Paulus *in l. 1. D. de contr. empt.* ob eamque causam non defuerint ex antiquis prudentibus qui dicerent etiam rerum & specierum emptionem esse, vt eadem lex refert, constétque inter omnes simillimam esse permutationi emptionem *l. 2. C. de rer. permut. l. 2. D. eod.* non improbabiliter suspicari quis poterat, Idem de placito emptionis dici posse quod de placito permutationis vt neque re secuta, neque vlla stipulatione interposita nulla ex eiusmodi pacto nasceretur obligatio quæ esset efficax ad agendum, non magis quàm ex alio vllo pacto nudo. Voluit itaque Paulus monere non ita esse, sed ex eiusmodi conuentione tanquam iusta nasci mutuas obligationes, & ex obligationibus actiones empti & venditi. Empti quidem contra venditorem, vt rem tradat vel mancipet. Offerente scilicet precium emptore vt possit ipse agere ex eo contractu qui vltrò citróque obligatorius est *l. Iulianus 13. §. offerri D. de action. empt.* Quod cùm sit nulla actione indiget venditor contra emptorem qui vt ageret primus contractum impleuit. Ideóque de sola empti actione Paulus supradicto loco tractat quæ competit emptori contra venditorem non de actione venditi quæ venditori contra emptorem datur. Quanquam alia & elegantiore ratione factum id fuisse dici potest, Nempe quòd actio nulla competere possit venditori aduersus emptorem ad precium quin prius venditor ipse contractum ex sua parte impleat & rem tradat. Id verò cùm sit dubitandi causa

nulla superesse potest, quin vel ipsius permutationis exemplo dari debeat actio contra emptorem, cùm res sit secuta: Nam & in permutatione idem contingeret. Sed & difficilius est vt venditionem irritam facere velit emptor, qui emendo patrimonium suum auget, quàm vt venditor qui suum diminuit, ob idque de venditore potiùs, quàm de emptore cogendo tractandum fuit. Hanc verò nostram interpretationem mirè confirmat quod Iustinianus scribit *in dict. §. perficiuntur Institut. de donat.* fecisse se constitutione sua quæ extat *in l. si quis argentum 35. §. vltim. Cod. de donat.* vt donationes ad exemplum venditionis habeant in se necessitatem traditionis, vt etiamsi res non tradantur habeant tamen plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori: Id enim perinde est acsi diceret constitutione illa factum esse, vt cùm olim ex pacto donationis agi non posset quia donationes omnes aut traditione aut stipulatione interueniente perfici necesse erat *l. Papinianus 23. De donat. int. vir. & vxor.* hodie tamen valeant ex nudo pacto ad producendam actionem, solóque perficiantur consensu similes in eo factæ venditionibus, cùm antea magis similes essent placito permutationis, de quo *in d. l. 13. Cod. de permut.* Ex quo intelligimus quod ait Iustinianus ex donationis pacto nudo traditionis necessitatem incumbere donatori, non de necessitate præcisa intelligi debere, sed de causatiua, quæ faciat vt donatore nolente tradere rem quam donauit danda sit in eum actio ex donato ad id omne quod interest donatarij. Alioqui fatendum esset aliud iuris inductum fuisse in donationibus quàm quod obtinet in venditionibus, cùm tamen ad exemplum venditionis, Iustinianus ita se in donatione constituisse testetur. Illud verò etiam in sententiis Pauli obseruandum est quod ait, Si id quod emptum est neque tradatur, neque mancipetur cogi posse venditorem, non vt tradat absolutè sed vt vel tradat vel mancipet. Cùm enim mancipatio nihil nisi sollennis quædam traditio sit, quæ inter alias sollennitates certam verborum formulam exigebat, quis non videt fieri nullomodo potuisse vt venditor cogeretur præcisè ad mancipandum & ad proferenda illa verba sollennia citra manifestam ac intolerabilem vim & impressionem? Aut quis vel adhibita etiam quantacunque manu militari possit cogere venditorem vt mancipationis verba sollennia proferat, quæ proferre nolit? Ergo quemadmodum fatendum est, non posse Pauli locum illum sic accipi vt cogatur præcisè venditor ad mancipationem. Ita & fateamur non id sentire Paulum, vt præcisè cogendus sit venditor ad traditionem, Sed vt seclusa illa siue tradendi siue mancipandi necessitate præcisa, condemnari debeat in id omne quod interest emptoris ob id quod neque tradita res sit, neque mancipata. Illud non possum prætermittere, Malè eundem virum doctissimum in supradicta Pauli sententia interpretanda adnotasse differentiam hanc inter traditionem & mancipationem, quòd traditio sit modus acquirendi dominij iure gentium, Mancipatio autem modus acquirendi dominij ex iure ciuili. Etsi enim verum est traditionem esse vnum ex modis acquirendi dominij iure gentium, Non eo minùs tamen verum est acquiri etiam illo modo dominium ex iure Quiritium non minùs quàm per mancipationem, si Vlpiano credimus *in dict. tit. 19. De acquisit. rer.* Nempe si traditio fiat ex præcedente iusta causa id est iure ciuili cognita & adprobata vt *in l. numquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Nam cùm iusta causa nulla præcedit vt *in leg. 3. D. si vsusfr. petat. l. si finita 15. §. Iulianus. De damn. infect.* acquiritur per traditionem dominium

nium iure gentium non iure ciuili, Sed hoc extra rem: Cæteráque ad differentiam traditionis & mancipationis pertinentia noster explicabit pluribus *Faber institutor* ad *§. per traditionem Instit. De rer. diuis.*

ERROR SEXTVS.

De eo qui ad dandum obligatus est an præcisè vrgeri possit ad dandum.

QVAESTIONEM hanc superiori adiungere cogimur, quoniam qui contra nos defendunt Venditorem qui rem venditam tradere potest si velit, cogendum esse præcisè vt tradat etiam si nolit tradere inter cæteras rationes quas proferunt iam à nobis confutatas, hac vna mouentur maximè, quòd is qui vendidit non tantùm ad tradendum obligatus sit, sed etiam ad dandum, id est, ad dominium rei venditæ cuius ipse dominus sit transferendum in emptorem *ex l. ex empto 11. §. & ex empto D. de action. empt. l. si quis alienam 46. eod. l. penultim. §. vltim. D. de contr. empt.* Quisquis autem ad dandum obligatus est, omnimodo & præcisè ad hoc teneatur vt eum cui obligatus est efficiat dominum quoquomodo, vt ab Vlpiano disertis verbis scriptum est *in l. vbi autem 75. §. vltim. D. de verbor. obligat.* Ex eo namque inferunt, cogi ergo posse venditorem vt emptori tradat rem venditam saltem eo casu quo sit ipse dominus, cùm aliter fieri nequeat vt rei suæ dominium transferat in emptorem. Quod vbi euicerint, facilè assequentur vt illo etiam casu quo res aliena vendita est fateri cogamur teneri nihilominus venditorem vt præcisè rem tradat, Vt scilicet qui transferre non potest dominium quod non habet, saltem transferat possessionem quam habet, & quæ non magis sine traditione transferri potest quàm sine possessione dominium *l. traditio 20. in princip. & §. vltim. D. de acquirend. rer. domin.* Tanti autem momenti hæc obiectio plerisque viris magnis visa est qui nobiscum defendunt liberari venditorem si præstet id omne quod emptor sua interesse probauerit, vt nihil habere videantur quod commodè possint respondere. Admittunt enim ita ius esse, vt qui ad dandum obligatus est teneatur præcisè ad dandum, id est ad dominium transferendum, ac proinde in necessarium antecedens ad tradendum, quamuis non possint negare quin perinde hoc casu *tradere* sit meri facti acsi quis duntaxat ad tradendum obligatus esset. Sed negant obligatum esse venditorem ad dandum, Ne tum quidem cùm rei venditæ dominus est. Quòd generaliter proditum sit, Eum qui fundum vendidit, necesse non habere fundum emptoris facere, vt cogitur is qui fundum stipulanti spopondit *l. si ita distrahatur 25. §. 1. D. de contr. empt. l. seruus quem 30. §. vlt. D. de action. empt.* In quo certè falluntur. Etsi enim verum est non esse ex natura venditionis vt omnimodo & omni casu cogatur venditor rem venditam facere emptoris, sed tantùm vacuam rei possessionem ei tradere, ideóque valet etiam rei alienæ venditio *l. rem alienam 28. eod. tit.* quæ non valeret si venditor ad dandum, id est ad dominium transferendum obstrictus esset. Sicuti dicimus, Eum qui ex causa permutationis alienam rem dat nullam contrahere

permutationem *l.1. vers. ideóque Pedius D. de rer. permut.* Eo tamen casu quo venditor dominus rei venditæ proponatur, fatendum vtique est teneri eum vt det, dominiúmque quod habet transferat in emptorem. Nec minùs vera est hæc propositio, quàm illa etiam vera est, Venditorem qui non sit dominus ad aliud non teneri quàm vt rem tradat, tradendóque transferat vacuam eius possessionem. Vtrumque enim fit ex eodem Principio, quòd sit obligatus venditor ad tradendum, Traditio autem fieri non possit quin omne ius siue dominij, siue possessionis quod habet is qui tradit transeat in accipientem *d.l. traditio in princip. & §. vltim. De acquir. rer. domin.* Idque est quod ait Vlpianus *in l. ex empto 11. §. & imprimis ipsam rem D. de act. empt.* Venditorem oportere rem ipsam præstare, id est tradere. Quæ res, inquit, siquidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum, Si non fuit, tantum euictionis nomine venditorem obligat. Item quod Paulus *in l. si quis alienam 46. eod. tit.* Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore, id est priusquàm eam traderet domino rei heres extiterit, cogendum eum esse implere venditionem. Quod ipsum nihil aliud est, quàm vt cogatur non modò rem tradere sed etiam ita tradere, vt per eam traditionem & possessio & dominium in emptorem transferatur: quod vtique vel inuito venditore fieri necesse est cùm per possessionem acquiratur dominium, quoties à possessione separari dominium non potest, vt loquuntur Impp. *in l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* Atquin, vt iam diximus, Traditio hoc casu non minùs meri facti est, quàm si sola possessio non etiam dominium simul cũ possessione transferretur. Ergo qui fatentur non esse obligatum venditorem vt præcisè rem tradat cùm alienam vendidit, eos fateri necesse est, non magis cogi eum posse præcisè vt tradat rem venditam cuius dominus fuit. Et è contrario qui admittunt obligatum esse venditorem ad dandum si dominus fuerit rei venditæ, & consequenter ad tradendum præcisè, exemplo cæterorum omnium qui præcisè ad dandum tenentur, eosdem admittere necesse est, Perinde omnĩ alio casu obstrictum esse venditorem, vt præcisè tradat. Et sanè ita est. Aut vtroque casu tenetur venditor præcisè ad tradendũ aut neutro. Cùm ergo iam probauerimus non posse illum præcisè cogi vt tradat cùm dominus non est, Consequens omnino fit vt nec eo casu tradere præcisè cogatur, quo sit dominus. Et in hoc alius longéque grauior nostrorum error est, quòd non dubitant quin is qui dare tenetur, necesse omnino habeat dominium transferre ex *d.l. si ita 25. §. 1. D. de contr. empt. & d.l. vbi autem 75. §. vltim. De verb. oblig.* Nam si ita esset negare vtique non possemus quin etiam ad tradendum præcisè teneretur, Cùm sine traditione cessantibus aliis modis transferendi iure Quiritium dominij fieri nequeat vt dominium transferatur. Idcóque quisquis rem dari stipulatus est eam quoque tradi stipulatus intelligatur *l. 3. §. 1. D. de act. empt.* Porrò ad præcisam traditionem fieri nõ potest, vt qui vnquam cogatur citra vim & impressionem quam nullo penitus casu lex permittit. Fateamur ergo quòd res est, Neque fieri illud posse vt ad dãdum præcisè teneatur is qui fundum aut quid aliud stipulanti dare promisit. Nec sanè ab Vlpiano contrà responsum fuisse credendum est *in d.l. si ita 25. §. 1. De contr. empt. & d.l. vbi autem 75. §. vlt. De verb. oblig.* Nam quod iis locis scriptum legimus, siue quis fundum dare stipulanti promiserit, siue quod effectu idem est, fundum simpliciter stipulanti spopóderit, omnimodo cogendum esse promissorem vt dominium efficiat stipulatoris quoquomodo, ad ius obligationis referendum est non ad effectum & executionem ipsius. Sensus enim est, Promissorem hunc non aliter posse liberari quàm promissioni

missioni satisfecerit, quàm si rem promissam faciat stipulatoris, ita vt nihil ei profuturum sit ad cõsequendam liberationem si fundum forte alienum tradat, aut qui alia qualibet de causa in stipulatoris dominium transire non possit, putà si alienari prohibitus sit vel à lege, vel à testatore *l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Cęterùm siue dare illum nolit quia non vult eum tradere, siue non possit, etiamsi tradere maximè paratus sit, quia dominium eius non habet. Nego posse illum cogi præcisè ad dãdum, aut ad aliud ipsum teneri quàm vt fundi quem dare debuit præstet æstimationem, & quidem eam quæ fuit tempore petitionis & litis contestatæ *l. fundum 28. D. de nouat. l. hominem 37. D. mandat.* Quæro enim, Si fundum quem promisit paratus sit tradere, nec tamen dominium eius transferre possit quia illud nõ habeat, qua tandem arte aut quibus machinis assequi iudex vnquam poterit, etiamsi fundum ipsum puta per condictionem triticariam petitum in condemnationem deduxerit, vt fundi dominium transferatur in stipulatorẽ? Aut admisso etiam eo, quod nos negamus vt inuitus quoque promissor qui rem promissam nolit tradere cogi præcisè possit ad tradendum. Quid tamen proderit ea coactio, secutáque ex coactione traditio ad transferendum dominium, quod numquam fuerit penes tradentem? Quòd si hoc saltem casu, quo promissor non sit dominus eius rei quam dare promisit, fatẽdum est non posse cogi eum præcisè ad dandum, nec si res ipsa in condemnationem deducta sit, sed necessariò conuertendam esse condemnationem in pecuniam vt iudicati executio fieri possit secundum ea quæ in præcedentibus disputauimus. Quidni idem fateamur cùm dominij translatio ex eo quoque impeditur, vel ex eo solo quòd promissor nolit rem tradere? vt *in l. Quintus 40. D. de action. empt.* An fortè ob id magis ad dominium transferendum præcisè vrgeri promissor potest, quòd in eam rem cogendus sit præcisè ad factum aduersus communes iuris regulas? Plus dico, Etiam illo casu quo fundus qui dari debuit petitus sit per condictionem triticariam, ne quidem in condemnationem deduci eum debere sed fundi æstimationem. Adeóque, quod mage quis miretur, nec illam quæ maior sit tempore condemnationis sed eam quæ fuit tempore litis contestatæ si actum sit iudicio stricto, alio quàm condictione triticaria, putà condictione certi ex certa stipulatione. Hoc enim est quod proximè diximus ex *d. l. hominem 37. D. mandat. d. l. fundum 28. D. de nouat. l. vinum 22. D. de reb. cred.* iunct. *l. cùm fundus 31. eod. l. vlt. De condict. tritic. l. 3. §. in hac D. commod.* Dixi *iudicio stricto* ad differentiam iudiciorum bonę fidei, Non quòd in his magis quàm in illis res ipsa quæ petitur deducenda sit præcisè in cõdemnationem [nam & in iudiciis bonæ fidei lis æstimatur, & condemnatio fit in quantitatem & ad rei æstimationem] sed quia cùm in iudiciis stricti iuris spectãdum sit præcisè tempus litis contestatæ extra condictionem triticariam, in iis tamen quæ bonæ fidei sunt spectamus vtro tempore res pluris fuit aut moræ aut rei iudicãdæ *l. 3. §. vlt. l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem D. de action. empt. d. l. 3. §. in hac D. commod.* Nunquam habita ratione illius temporis quo lis contestata est, Nisi cùm idem fuit tempus moræ & litis contestatæ, id est cùm nulla extraiudicialis interpellatio litis contestationem præcessit, primáque mora per contestationem solam contracta fuit, vt *in l. 3. D. de vsur.*

Z

ERROR SEPTIMVS.

Etiam in actionibus quæ competunt ad dandum litem æstimari per sententiam, Et cur non præstetur æstimatio quæ creuit post condemnationem.

NEc est quòd quis putet ita fieri, vt aliud deducatur in condemnationem, quàm quod deductum sit in actionem & petitionem, quod absurdum & stultum esse ait Iustinianus Tribonianeam Iurisprudentiam secutus *in l. vltim. Cod. de fideic. libert.* Nam & illud contendo, quod ante me fortassis nemo dixit, Ex dandi quoque obligationibus siue bonæ fidei iudicio siue stricto agatur, numquam rem ipsam quæ dari debuit, in actionem & iudicium deduci, sed semper eius æstimationem, nisi cùm triticaria condictio exercetur. Itaque non aliud ponitur in condemnatione quàm quod fuit in actione quod extra casum condictionis triticariæ fateor fieri numquam posse, cùm vltra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis dati nequeat *l. vt fundus 18. D. commun. diuid.* ne ex formula contra formulam iudicare videatur. Sed aliud deducitur in actionem, quàm quod deductum fuerat in obligationem, licèt dici soleat quod & verum est ex obligationibus nasci actiones *l. licèt 42. §. & obligatio D. de procurat.* Adeóque quàm quod deductum fuerat in litis contestationem. Nempe propter potestatem contestationis, quam intercedere & apud prætorem fieri necesse est medio tempore, id est inter tempus obligationis contractæ, & actionis institutæ. Nam sicuti certum est litis contestationem ex personali obligatione fieri nullam posse quin personalalis illa præcedat obligatio: Ita & illud certissimum apud eos qui veterem ritum iudiciorum non ignorant, Nullam esse actionem nisi quæ à Prætore data & dictata sit post litem contestatam, cùm ipse de facto neque cognosceret neque pronunciaret extra certas causas, sed iudicem in eam rem daret toto iure Pandectarum, & ad tempora vsque Imperatorum Diocletiani & Maximiani à quibus hoc ius immutatum est *in l. 2. Cod. de pedan. iudic.* Porrò nemo nescit non tantùm ex iudicato & per actionem quæ ex iudicato nascitur fieri nouationem prioris contractus *l. vltim. vers. si enim Cod. de vsur. rei iudic.* sed etiam per litis contestationem *l. aliam 29. iunct. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat.* Vnde est quod obligationes, ex iisque competentes actiones quæ sui natura temporales erant id est aut morte creditoris aut tempore aliquo perituræ, sic perpetuantur per contestationem vt & heredi & in heredem dentur, & ex temporalibus perpetuæ fiant *l. constitutionibus 33. l. sciendum est 58. D. de obligat. & act. l. sicuti 38. De regul. iur. l. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Sed & actiones illæ quæ vt ciuiles omnes ita olim perpetuæ, hodie ex Imperatorum constitutionibus factæ sunt temporales ne vltra trigesimum annum possint viuere, si contestatæ sint extenduntur etiam hodie in annum vsque quadragesimum *l. vltim. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Hoc verò cur ita? Nisi quia noua quædam obligatio est quæ per contestationem litis contrahitur, diuersam à præcedenti obligatione habens naturam, diuersásque præstationes. Proinde mirum non est, Aliud à Prætore deduci in actionem quæ ab eo datur post litem contestatam, quàm quod deductum fuerat à litigatoribus in obligationem & in ipsam

vt dixi

Digitized by Google

vt dixi contestationem. Præsertim cùm ita faciat ex ipsorum litigantium saltem ex creditoris eiusdémque actoris voluntate. Nam de ipsius debitoris consensu parum curamus, cùm & in ius rapiatur inuitus & inuitus quoque iudicium accipere cogatur, ibíque debeat imputare si qua in re duriùs cum eo agatur post litem contestatam quàm ex obligationis lege agi debuerit, qui tam diu expectare non debuit sed promissionem suam non expectato Prætoris aut iudicis imperio adimplere. Creditorem verò cui soli videtur iniuria fieri in eo quòd pro re quæ debebatur æstimationem accipere cogitur, non habere tamen de quo alio quàm de se conqueratur, ex eo intelligimus, quòd litem contestando iudiciúmque dictando eo tempore quo res tanti fuit quæ postea minoris fieri potuit, satis voluntatem suam declarauit, quòd litem æstimari ex eo tempore voluerit, tanti scilicet quanti esset res eo tempore litis contestatæ, Ne alioqui ex mora & frustratione debitoris damnum sentiret si rei æstimationem quod fieri facilè potest, decrescere postea contingeret. Si enim hoc agebat vt alterius temporis peteret æstimationem, debuerat proponere triticariam, non condictionem certi aut aliam vllam ex bonæ fidei aut stricti iuris actionibus, Cùm sciret aut scire deberet talem rem dari oportere qualis quantíque est tempore litis contestatæ, Nisi ab eo iure velit actor vltrò discedere, quomodò discedit qui triticariam exercere mauult: Cuius ratio & æquitas non in eo consistit quod aliud pro alio soluere debitor non cogitur cùm possit ei, vt diximus, imputari, cur secum litem contestari passus sit ac non priùs soluerit quàm litis contestatio fieret, sed in eo quòd creditor inuitus æstimationem rei debitæ pro ipsa re debita petere non compellitur, si rem ipsam habere malit, suspicatus fore illam preciosiorem tempore condemnationis quàm fuerit tempore litis contestatæ, In quo & sibi consulit, & nullam tamen facit iniuriam debitori, quem verum est etiam condemnationis tempore dare id debere quod iam olim dari oportuit *d. l. §. cùm per venditorem.* Denique nouatio illa quæ fit per contestationem inducit vt res debita solui ampliùs non possit cùm ex die litis contestatæ æstimatio deberi cœperit propter periculum quod subest ne damno afficiatur creditor si æstimatio postea diminuatur. Quæ res facit quemadmodum in præcedentibus diximus vt in iudiciis strictis inspiciendum necessariò sit tempus litis contestatæ ad ineundam rei debitæ æstimationem, Tanquam tempus illud quo nouissimè solui res potest ex causa præcedentis obligationis, Cùm ex eo tempore quidque æstimari oporteat quo nouissimè solui potest, vt eleganter & generaliter Celsus definit *in l. si Calendis 11. D. de re iudic.* In iudiciis verò bonæ fidei tempus moræ, quòd in iis non minor sit ex bona fide potestas moræ extraiudicialis quàm contestationis: Non quasi per moram illam extraiudicialem ea fiat nouatio quæ fieret per contestationem, Sed quia cùm in bonæ fidei iudiciis ratio moræ habenda sit, ne maneat impunita, nõ potest debitor eo iudicio conuentus recusare quominùs eam æstimationem præstet, quæ moræ tempore fuit, Nec tamen illam præcisè, sed ita demùm si maior sit eo tempore quàm condemnationis, Quia non esset ex bona fide vt liberaretur debitor aut ipsam rem præstando quæ post moram minoris facta fuisset, aut eam æstimationem, quæ moræ tempore minor fuisset, ac non potius eam, quæ condemnationis tempore maior inueniretur, Ne sua debitori frustratio prodesset aucta æstimatione eius rei quam verum est etiam eo tempore, quo iudicatur dari adhuc oportere. Et quamuis quisquis agit

Digitized by Google

iudicio bonæ fidei non rem ipsam petat, sed æstimationem sicut & is qui stricto experitur, Non tamen petit absolutè, sed cum adiectione illa *ex fide bona:* quæ adiectio facit vt neque moræ, neque condemnationis tempus præcisè spectari oporteat, sed vtro tempore pluris res fuit: Ne aliter posito iure iniuria fieret actori qui minorem æstimationem accipere cogeretur. Condictionis triticariæ diuersa ab omnibus ratio est. Etsi enim stricti iuris actio est, nec minùs in ea quàm in cæteris nouatio fit per contestationem. Non tamen verum est tempus litis contestatæ, nouissimum tempus esse in quo solui res ipsa possit, cùm quisquis agit triticaria hoc ipso quod petit sibi dari rem ipsam quæ debetur, condicionem reo deferat vt rem ipsam soluat, nec liberari possit quantamcumque æstimationem præstando, idque ex natura ipsius actionis. Nam & in cæteris stricti iuris actionibus ex quibus diximus, nihil nisi æstimationem deberi & quidem eam præcisè quæ fuerit tempore litis contestatæ, si tamen poneremus conuenisse inter litigatores vt res ipsa præstaretur, non aliæ iudicis partes esse possent quàm vt eam ipsam rem quæ debetur deduceret in condemnationem *l. si conuenerit 26. D. de re iudic.* Ideóque cùm in tempus vsque rei iudicatæ possit is qui conuenitur triticaria soluere rem petitam, Apparet in æstimanda re per triticariam petita non alterius temporis rationem haberi posse quàm condemnationis, Cùm neque moræ ratio vlla habeatur in iudiciis strictis, neque nouatio illa quæ fit per contestationem, afficere possit aut immutare actionem quæ post litem contestatam datur. Illud ergo iam mirari nemo possit, Cur præcisè inspiciamus in triticaria tempus condemnationis, non etiam illud quod sequitur condemnationem si res pluris facta esse proponatur: Quandoquidem ex supradictis apparet tempus condemnationis nouissimum tempus esse quo res per triticariam petita solui possit. Quid enim prodesset litem æstimatam esse per sententiam si alia æstimatio in iudicati executione solui posset & deberet? Nec si res pluris facta esset. Nam si minoris, vtique dici posset non debere condicionem eius qui condemnatus est ex ipsius mora fieri meliorem ex *l. 3. D. de vsur. l. euidenter 16. De except. rei iudic.* Sed nec deterior fieri potest, quia æstimatio taxata augeri nequit, nec pro æstimatione res ipsa præstari nisi partes vltrò in id consentiant. Vnde fit vt nec in bonæ fidei iudiciis aliud dicendum sit, neque in iis magis quàm in cæteris crescere possit litis æstimatio post condemnationem, sed præcisè inspiciendum sit vtro tempore pluris res fuerit aut moræ aut condemnationis. Quoniam adiectio illa *ex bona fide* poni solita in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei, & ex qua vna pendent omnes differentiæ quæ sunt inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, non vltra condemnationem extenditur, vt neque formula ipsa quæ dat iudicem, Cùm iudex posteaquàm semel sententiam dixit statim iudex esse desinat *l. index posteaquàm 55. D. de re iudic.* Adeò vt quamuis perperam iudicauerit, iterum tamen iudicare etiam eodem die non possit *l. cùm quærebatur 62. eod.* Igitur cùm generale ac perpetuum illud sit vt siue iudicio bonæ fidei actum sit, siue stricto, adeóque triticaria quæ vna proprium & singulare hoc habet vt rem ipsam debitam deduci in iudicium & actionem oporteat, cogatur creditor idemq; victor petere pro re pecuniâ vt iudicati executionem vrgere possit. Quis iam dicat eum qui obligatus sit ad dandum cogi præcisè ad hoc vt rem quam debet, faciat creditoris in eúmq; dominium transferat? Proinde & illa distinctio superuacua est in venditore cùm quærimus an præcisè cogi possit ad venditam rem tradendam, Vtrum eius sit dominus, necne.

Nam

Nam ficut vtroque casu tenetur ex natura venditionis ad tradendam vacuam rei possessionem, & rursum vtroque casu liberatur vacuæ possessionis traditione, cùm rem tradere non possit quin hoc ipso dominium transferat quod habet, Ita neutro casu tenetur præcisè ad tradendum, sed si non tradat condemnari ad hoc tantùm potest & debet, vt præstet quicquid interest emptoris: in quo veniet ipsa rei venditæ æstimatio tum quoque cùm aliena res fuit vendita, sed ea quæ maior fuisse inuenietur vel moræ tempore vel condemnationis. Nam agi triticaria ad hoc vt præcisa rei traditio fiat, certè numquam potest, quia licèt triticaria non minùs ad incertas, quàm ad certas res pertineat excepta sola pecunia numerata, numquam tamen datur ad faciendum, non magis quàm ad pecuniam quia in omnibus faciendi obligationibus id obtinet, vt qui factum promisit in pecuniam numeratam condemnari debeat *dict. l. si quis ab alio 13. §. 1. D. de re iudic. dict. l. stipulationes non diuiduntur 72. De verbor. obligat.* Qua de causa Vlpianus *in d. l. 1. De condict. tritic.* postquàm scripsit competere triticariam pro rebus omnibus siue in pondere, siue in mensura consistant, & siue res mobiles sint, siue soli. Addit idem esse etiamsi quis ius stipulatus sit veluti vsumfructum vel seruitutem vrbanam, aut rusticam. Sed non addit, quod minimè fuerat prætermittendum, si verè dici potuisset, Competere actionem illam etiamsi factum stipulatione contineatur.

ERROR OCTAVVS.

De secundo emptore cui priori fuit tradita res quam sciuit venditam alij iam fuisse. Et de reuocatoria quam interpretes priori emptori accommodant.

QVI error à nobis suprà refutatus fuit, de venditore quem vulgo interpretes putant cogendum esse præcisè ad rem tradendam, cuius tradendæ habeat facultatem, huic quem nos refutandum nunc adgredimur, causam dedit. Cùm enim certi iuris sit, Eadẽ re ab eodem qui dominus sit pluribus vẽdita potiorem esse in causa & quæstione dominij eum cui priori tradita fuit ex *l. quoties 15. Cod. de rei vindic.* sicut & in Publiciana potior esset si venditio pluribus facta fuisset separatim ab eodem non domino *l. siue autem 9. §. si duobus D. de publician. in rem act.* adeóque tametsi post primam venditionem dominium venditori acquisitum fuisset *l. si à Titio 72. D. de rei vindic. l. si ea res 31. §. vltim. D. de action. empt.* Putant vulgo interpretes ita demùm præferendum esse secundum emptorem cui priori tradita res fuit, si bonam fidem habeat, id est vt iidem illi interpretantur, si venditionem primam ignorauerit. Nam si mala fide hoc est non ignarus primæ venditionis eandem rem emerit, licèt eidem priùs tradita sit, nihilominus volunt, posse rem ab eo per primum emptorem auocari & euinci. Sic enim Didac. Couarr. ex communi opinione *lib. 2. var. resolut. cap. 19. numer. 5.* post gloss. Alber. Salicet. Ias. & alios ad *dict. l. quoties.* Addens in proposita specie fraudem ex eo tantùm præsumi, quòd secundus emptor sciuerit rem alteri priùs venditam fuisse: quod multorum quos eo loco recenset authoritate confirmat. Omnium verò istorum ratio & collectio nimirum illa est, quòd qui emit rẽ quam scit ab eodem venditore alij venditam iam fuisse, cámque sibi traditam prior

Digitized by Google

accipit, vtique scit per hanc traditionem impediri vẽditorem ne possit eandem rem tradere priori emptori, cui præcisè, inquiunt, tenebatur ad tradendum, Tanquam eius rei possessionem habens & ex ea causa facultatem rei tradendæ. Ex quo inferunt, Potiorem ergo illum esse non debere, cùm ei possit imputari, cur mala fide & sciens emerit rem quæ alteri & iam vendita fuerit, & tradenda. Aliam rationem quam pro huius opinionis confirmatione adferant, non solùm meliorem nõ habent, sed neque vllam. Legem verò aliquam, multò minùs. Rescriptum namque illud Imperatorum quod extat *in d.l.quoties*, generalem iuris sententiam continet, *Quoties duobus in solidum prædium iure distrahitur, eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorem.* Nec distinctionem illam adhibet an posterior emerit bona fide an mala: quod tamen credibile est non fuisse illos prætermissuros si ea distinctio adhibenda esset: Præsertim cùm de eo iure respondeant quod manifestum esse aiunt. Propositio enim quæ non est vera nisi cum distinctione, ea si simpliciter & absolutè proferatur, certè falsa est. Nec est quod quis distinctionem hanc latêre putet sub verbis illis *iure distrahitur*. Nihil enim commune habet ius venditionis & dominij cum bona vel mala fide venditoris, aut emptoris, Nec eo minùs verum est iure distrahi prædium quod iterum alij distrahatur, cùm iam alij distractum esset siue priorem venditionem secundus emptor sciuerit siue ignorauerit, Iure distrahitur prædium quoties vel à domino ipso distrahitur quem nihil prohibeat vendere, vel à non domino quidem sed tamen qui habeat ius vendendi, vt puta à tutore vel procuratore. Itaque cùm de distractione iure facta loquimur, respicimus ad ius & ad personam vẽditoris, cuius est distrahere, non ad ius aut personam emptoris, qui non distrahit, sed acquirit. At è contrario cùm de bona vel mala fide tractamus, quæ in vendendo interuenerit, de solo emptore disputamus non etiam de venditore, qui licèt interdum possit in bona fide esse, puta si fortè vendat rem alienam quam suam esse arbitretur. In proposita tamen quæstione De re ab eodem pluribus vendita non potest ea distinctio bonæ vel malæ fidei cadere in venditorem qui sicut proprij facti probabilem ignorantiam non potest obtendere *l.quamquam 7.D.ad SC.Velleian.* ita neque carere mala fide qui rem à se iam alij venditam ignorare non potest. Ex quo apparet verba illa *dict.l.quoties, iure distrahitur* non sic accipi posse vt *iure* dixerint Imperatores pro eo quod est *bona fide* cùm fieri nequeat, vt bona fide ac sine dolo quis vendat rem, quam alij iam vendidit: Ita vt ex hac causa venditor incurrat etiam crimen falsi, pœnamque legis Corneliæ de falsis *l.qui duobus 21.D.de leg. Cornell. de fals.* cùm is quoque qui rem alteri non venditam sed tantùm obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alij distraxerit vel permutauerit vel in solutum dederit, stellionatus crimine teneatur *l.3.§.1.D.de crimin.stellion.* Minus enim est rem vni obligatam dumtaxat alteri vendere quàm eandem rem duobus in solidum separatim & diuersis contractibus distrahere, Potéstque illud, quod prius diximus fieri sine dolo dum ea cautio adhibeatur, quam ponit Caius *in l. & quæ nondum 15.§.vlt.D. de pignor. & hypoth.* Quòd si iure distrahitur prædium, tùm quoque cùm distrahitur mala fide, Quidni etiam iure emi dicatur, quamuis ematur mala fide? Fateor interdum accidere vt idem sit, Non iure quid distrahi, Et distrahi mala fide, Nempe cùm venditio non aliter fieri potest quàm obseruatis quibusdam sollennitatibus, quæ tamen obseruatæ non sint, Vt puta si minoris res distrahatur quæ distrahi non potest sine decreto, Vel si pignus à creditore non sub hasta nec interuenientibus cæteris sollennibus *l.1. 2. & 4. C.si vendit.*

Digitized by Google

vendit. pignor. agat. Malæ enim fidei emptor est quisquis contra legum interdicta mercatur *l. quemadmodum 7. in fin. Cod. de agricol. & censit. lib. 11. tit. 47.* Sed id eò pertinet, vt mala fides inducatur ex defectu sollennitatum, non etiam vt vllo casu bona fides emptoris sit de sollennitate venditionis. Quamquam plus certè est fieri iure venditionem & emptionem, quàm fieri bona fide, Siquidem non dicitur iure facta nisi is vendiderit cui ius vendendi fuit vt diximus. Vt verò facta dici possit bona fide, sufficit vt qui vendidit putauerit se habere ius vendendi, adeòque vt qui emit crediderit venditorem ius vendendi habuisse *l. bona fidei emptor 109. De verbor. significat.* Sed non ideò minùs verum est, Posse fieri iure venditionem etiam quæ mala fide facta sit, Et retrò, etiam bona fide posse fieri venditionem, quæ tamen non iure facta fuerit. Sed neque video, qua ratione velint interpretes in quæstione proposita malæ fidei emptorem eum dicere qui emit rem quam sciuit alij venditam iam fuisse, cùm ea res non faciat quin emerit ab eo qui & dominus adhuc fuit rei venditæ, & consequenter tanquam dominus vendendi ius habuit. Nam præter id quod vix est, vt mala fides inducatur aliunde quàm ex scientia rei alienæ *l. qui fundum 7. §. qui bona fide D. pro empt. l. si aliena 10. D. de vsucap.* cùm nec semper sola rei alienæ scientia malam fidem inducat, vt benè docuit Iacobus Cuiacius ad Afric. *in l. & generaliter 28. per ill. text. D. de noxal. act. & lib. 18. obser. cap. 25 ex dict. l. bona fidei 109. De verb. signific.* fieri certè nequit vt bonæ fidei emptor non sit is qui emit à vero domino ius vendendi habente, quem scit & verum esse dominum & vendendi ius habere, Et quidem plenum ac liberum. Hoc enim addere placet vt eum casum excludam, quo quis à domino emerit rem quam sciat alteri obligatã. Quo casu, licèt quod ad dominij causam attinet plus quàm bonæ fidei possessor hic sit qui verus dominus est, quoniam à vero domino comparauit, Attamen quod pertinet ad causam pignoris, vix potest bonæ fidei possessor videri ad excludendam pignoris intentionem is qui pignus non ignorauit, Quasi scientia pignoris tantùm prosit ad inducendam malam fidem fauore pignoratitij creditoris quãtum scientia dominij alieni fauore veri dominij ne ius suum exequi, & rem suam vindicare prohibeatur *l. qui balneum 9. in fin. D. qui potior. in pign. hab.* Sic enim nostri vulgò ratiocinantur, nec pragmatici dissentiunt vt ex iis constat quæ scripsimus *Defin. 1. & 4 Cod. Fabrian. Si aduers. credit. præscr. oppon.* Quamquam hæc quoque traditio, vt verum fatear, mihi semper suspecta fuit. Quid enim obesse potest ei qui à domino emit, quòd sciuerit rem alteri obligatam, vt eò magis in mala fide constitutus videatur? An non perinde potuit credere futurum vt diuturnum silentium creditoris pignoratitij præscriptione longi temporis corroboratum inefficacem ipsius actionem constitueret? *argum. l. sicut 8. §. non videtur D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Aut quis tandem bonæ fidei emptor erit si ad inducendam malam fidem sufficit vt emptor alteri obligatam rem esse sciat. Quis non enim aut scire, aut saltem suspicari debeat, venditoris sui bona esse alicui obligata? Et quotusquisque hodie est tam diues, cuius bona non aliquo vel expressi vel taciti pignoris vinculo teneantur? Ideóque nec Imperatores *in leg. 1. & 2. Cod. ill. tit. Si aduers. credit. præscript. oppon.* quicquam loquuntur de bona fide, Propterea quòd non aliter pignoris intentio tenere possit ad producendam hypothecariam, quàm si creditor qui agit fateatur probétque dominum fuisse illum qui pignus constituit *dict. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignorat.* ac proinde

dominium etiam esse illum qui ab ipso emit, licèt pignoratam rem esse non ignorauerit. Non enim facit ius pignoris quominùs liceat debitori rem obligatam vendere salua pignoris causa *l. si debitor 12. Cod. de distr. pignor. l. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. alien.* Itaque nihil est hoc casu quod de bona fide tractari possit, nisi cùm de eo solo quæritur, an pignus alij datum rei adhuc alienæ possit conualescere, vt *in dict. l. qui balneum in fin.* Non autem cùm de præscriptione longi temporis aduersus creditorem opponenda. De quo tamen alibi ex professo tractandum erit. Vtut sit, dubitari meo iudicio non potest, quin omnimodò & absolutè bonæ fidei possessor censeri debeat qui posterior emit sciens rem iam alij venditam ab eodem venditore, cùm prior venditio neque dominium transtulerit sine traditione, neque pignoris vinculo eam obstrinxerit priori emptori. Nec enim qui emit, hoc agit vt sibi ius aliquod pignoris acquirat in re vendita, cùm è contrario id agere debeat, vt dominium eius nanciscatur, quod scit esse penes venditorem. Alioqui venditio non esset, at potiùs aliud quod genus contractus *l. penultim. §. vltim. D. de contr. empt.* Nemini autem potest res sua esse obligata, vulg. *l. neque pignus 45. De regul. iur.* Ac præterea cùm quæstio nostra sit de iure dominij & proprietatis, & quis in rei vindicatione præferri debeat, priórne venditor an posterior, Intelligimus non posse emptori posteriori nocere ad constituendum eum in mala fide, quòd sciat eandem rem ab eodem venditam fuisse, tametsi specialis quoque obligatio pignoris expressa conuentione in ea ipsa re constituta proponatur. Neque rursus vera est ratio quam interpretes adferunt, ex eo sumpta, quòd venditor qui habuit tradendæ rei potestatem obligatus fuerit priori emptori vt ei præcisè rem traderet, quod tamen facere non possit si liceat tradere posteriori. Iam enim probauimus in præcedentibus, Imò verò non esse obligatum venditorem præcisè vt rem tradat etiamsi maximè possit, nullóque incommodo, sed ad hoc tantùm teneri & condemnari posse vt præstet quanti interest emptoris *l. 1. D. de act. empt. l. si traditio 4. Cod. eodem.* Quæ res afficit tantùm personam venditoris vt personali actione empti conueniri possit, non autem ipsam rem venditam vt alij rursum vendi prohibeatur. Quam in rem textus est apertus & elegans *in l. qui tibi 6. Cod. de hered. vend. l. si ancillam 11. Cod. de act.* vbi dicitur eum qui rem iam vni venditam quam ei tradere debebat alij vendidit, teneri quidem actione ex empto, sed non vt impleat contractum fidémque præstet, sed contrà, propter fidem ruptam, Ergo ad id quod interest non ad rem tradendam: Alioqui esset id agere ob fidem ruptam ad hoc ne fides rumperetur, quod esset ridiculum. Quemadmodum è contrario dicimus, Etiam alienæ rei venditionem valere hactenus nimirum vt venditor personali actione ex empto teneatur emptori, non etiam vt rei dominium in emptorem transferatur *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Cùm igitur non alia ratione moueantur interpretes quàm ea quæ falsa sit, Si tamen ratio dici potest, quæ falsa est, quis iam neget falsam quoque necessariò esse sententiam quæ ex falsa ratione inferatur? Sed & quærerem libenter ab istis qui prioris emptoris partes contra posteriorem tuentur, qua demùm actione priorem velint esse potiorem. An fortè directa, an vtili rei vindicatione? Hoc verò dici planè non potest, quia etsi malam istam fidem secundi emptoris quam interpretes ei obiiciunt admitteremus, non tamen ideò consequens esset, vt prior emptor fieri posset citra traditionem dominus rei venditæ, quæ non ipsi sed posteriori emptori tradita fuisset. Neque verò maior effectus malæ fidei

Huius

huius esse potest quàm vt impediat potestatem traditionis, & translationem dominij in personam secundi emptoris, Nôn autem vt res quæ secundo emptori tradi non debuit eo magis priori tradita esse existimetur. Atqui cùm de rei vindicatione tractamus, certum est de solo petitoris iure quærendum esse non de iure possessoris qui etiamsi nullum habeat, hoc ipso tamen debet vincere quod nihil quoque iuris actor habere probetur *l. vltim. Cod. de rei vindicat.* Nemo igitur benè dixerit idcircò dandam esse priori emptori vindicationem tametsi numquam ei tradita res fuerit, quòd posteriori emptori cui verè tradita est, tradi tamen aut non potuerit aut non debuerit. Esto enim quod volunt interpretes, vt venditor qui tradendæ rei venditæ facultatem habet obstringatur præcisè ad rem tradendam emptori, An fortè huic primo errori alium audebis adiicere, vt qui tradere debet si non tradat perinde tamen habendus sit acsi iam tradiderit? Non possis ergo priori emptori adeò fauere vt des ei tanquam domino rei vindicationem siue directam, siue vtilem contra posteriorem in quem translatum fuit dominium per traditionem ex iusta causa præcedente à vero domino eodémque posteriore factam. Superest igitur vt si fauere illi voles, actionem reuocatoriam & Paulianam in auxilium aduoces, per quam assequare vt res secundo emptori tradita per priorem auocetur & euincatur. Atque ita Didacus Couarruu. supradicto loco loquitur, vt nec ipse, nec cæteri quos ibidem citat aliter sensisse videantur: Secundum quam tamen sententiam fatendum est, Malè ergo interpretes in explicatione *dict. l. quoties 15. Cod. de rei vindic.* hanc adferre limitationem, vt ea lex nôn procedat si secundus emerit mala fide sciens iam factam alij venditionem. Non enim tractat lex de actione reuocatoria sed de sola vindicatione quam certum est nunquam dari non domino, multò minùs contra eum qui ipse dominus sit. Itaque iam habeo quod volo si admittas, Posteriorem emptorem cui priori res tradita est, præferendum esse anteriori cui traditio nulla facta est si de iure dominij & vindicationis inter eos contendatur. Sed addamus etiam ne magis de verbis quàm de re ipsa tractare videamur, Non minùs insubtiliter eos facere cùm dant priori emptori reuocatoriam contra posteriorem. Reuocatoriæ enim vsus & effectus in eo tantùm est vt rem à debitore alienatam in fraudem creditorum & quæ per talem alienationem in bonis debitoris esse desiit, auocet à possessore eámque reddat bonis debitoris vt in eius possessionem perinde ac cæterorum debitoris bonorum mitti possit creditor, atque ita ex eius distractione pecuniam sibi debitam quam alioquin amitteret extorquere. Fraudem enim illo casu factam esse oportet non tantùm consilio, sed etiam reipsa & euentu vt ei actioni locus esse possit *§. item si quis in fraudem. Institut. de action.* Atqui proposita quæstio non de eo emptore est qui precij damnum passurus sit si res vendita remaneat in dominio posterioris emptoris. Quid enim si precium adhuc non soluerit venditori? Nam nec cogitur soluere vt contra venditorem possit agere ad tradendum, sed satis est si precium offerat *l. Iulianus 13. §. offerri D. de act. empt.* Non vtique potest videri venditor in fraudem primi emptoris alij eandem rem vendidisse, vt precium primus emptor amitteret, quod nondum solutum sit: Nisi fortè ponamus aliunde interesse primi emptoris vltra precium, puta si pluris res fuit quàm vendita sit, vt *in l. in interdicto 6. D. vnde vi.* quo casu id quod interest quatenus egreditur precium conuentum debetur adhuc emptori, quamuis precium non soluerit. Sed nego

huius velitatis rationem haberi posse in actione reuocatoria, quæ in eorum duntaxat creditorum gratiam comparata est qui alioquin damnum sentirent ex fraude & dolo debitoris. In proposito autem non tam sentiret damnum, quàm lucrum amitteret primus emptor, qui nullo dato precio rem non haberet, quæ pluris esset. Latius verò patent fines eius quod interest, quàm actionis reuocatoriæ, quia in eo quod interest continetur non tantùm quod mihi abest, sed etiam quod lucrari potui *l. si commissa 13. D. rat. rem haber.* In actione autem reuocatoria solius damni emergentis ratio habetur, non etiam lucri cessantis: quia nec videntur fraudari qui certant duntaxat de lucro captando *l. primo gradu 23. in fin. D. quæ in fraud. credit.* Sicut nec in tractatu illo succurrimus ei qui à debitore acquisiit ex titulo lucratiuo, quamuis fraudem cum tempore non participauerit *l. quod autem 6. §. simili modo eodem titul.* Quid rursum si venditor hic qui duobus vendidit, preciúmque à priore accepit, alia bona pleraque habeat ex quibus abundè satisfieri possit indemnitati eius cui priori vendidit? An obsecro tractandum erit de reuocatoria, vt quod posteriori venditum est ei auferatur? Minimè verò, quantumuis dolo malo & in fraudem primi emptoris posterior venditio facta proponatur? Non enim dolus quilibet nec fraus omnis ea actione vindicatur, sed is demum dolus qui & consilium habuerit & euentum fraudandorum creditorum, quibus alia ratione prospici non possit ne in damno morentur: quod non potest contingere cùm is qui dolo aliquid fecisse dicitur, soluendo est *l. ait prætor 10. §. si fraudator l. si quis cùm haberet 15. dict. l. primo gradu eod. titul.* Ergo quamuis in fraudem primi emptoris secunda venditio facta sit, & traditio secuta, ne scilicet ex communi interpretum traditione primo emptori rem tradere cogeretur, non ideò tamen reuocatoriæ actioni locus esse poterit, cùm auxilio illo extraordinario non indigeat, qui iure communi prospicere sibi potest *l. Imperatores 30. D. de reb. author. iudic. possid.* Actio enim reuocatoria rescindit alienationem, adeóque quod magis est, ipsam traditionem quæ facta est. Facítque vt permittatur creditoribus rescissa alienatione rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, & ob id in debitoris bonis mansisse, quæ tamen re vera & tradita fuerit, & alienata *dict. §. item si quis in fraudem.* Ex quo loco intelligimus numquam locum esse reuocatoriæ nisi iis casibus in quibus iam missi sint creditores in possessionem bonorum debitoris ad ea distrahenda, secutáque sit distractio ex illa edicti parte qua cautum est, *Quib. ex caus. in poss. eat. & De reb. author. iudic. possid.* Quis autem vnquam dixit posse bona eius qui duobus eandem rem vendidit ex edicto possideri ex hac causa, & venundari? Præsertim si non is latitet sed se defendat? Verba siquidem edicti non de alio loquuntur quàm de eo, qui neque potestatem sui faciat neque defendatur *l. 2. in princip. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Et tres tantùm causæ sunt ex quibus in possessionem bonorum debitoris mitti creditor solet. Rei seruandæ causa, Item legatorum seruandorum gratia & ventris nomine *l. 1. eod.* Damni enim infecti nomine vt eadem lex ait, non in vniuersorum [sic enim simpliciter legendum est supplendúmque *bonorum possessionem* deleta dictione *nomine*, quæ ibi nullius sensus vox est] fit missio, sed rei tantùm de qua damnum timetur. Perinde itaque dicendum esset, si qua missio in possessionem fieri deberet aduersus debitorem qui duobus eandem rem vendidit, sic faciendam illam esse, vt in possessionem rei ipsius venditæ primus emptor mitteretur. Quod tamen ne dici possit non illud solum impedit, quod nihil ea de re Prætor edixit, quomodo

edixit

edixit De damno infecto, sed etiam quòd res vendita quam ponimus emptori posteriori traditam fuisse, non sit amplius in bonis venditoris. Itaque prius esset vt auocari deberet ab emptore posteriore, rescissa secunda venditione, & traditione, quàm vt possideri possit à primo emptore, qui nihil in ea iuris habeat. Nec illud quoque dici potest mitti posse hoc casu emptorem primum in possessionem bonorum omnium venditoris ex illa edicti parte qua Prætor iubet mitti seruandæ rei causa. Nihil enim aliud significare Prætor voluit iis verbis *rei seruandæ causa* quàm quod suprà diximus *dãni vitandi causa* sumpto specialius *rei* nomine quàm vt etiam lucrum comprehendat, Vt ex eo apparet euidenter, quod à missione in possessionem quæ fiat rei seruandæ causa, separauit Prætor missionem faciendam legatorum seruandorum gratia. An quia rem seruare nolit, qui tractat de seruandis legatis? An non verò legata quoque rei appellatione continentur? Imò verò quia non tam rem suam quàm alienam seruare vult, nec tam de damno vitando quàm de lucro captando cogitat qui legatorum duntaxat seruandorum gratia mitti vult in possessionem. Ob eámque caussam speciali capite edicti de hoc quoque caueri necesse fuit *l.1. & tot. titul. Vt in poss. legat. D. & Cod. non minus quàm De ventre in possessionem mittendo l.1. & tot. ill. tit. De ventr. in poss. mitt.* At non similiter edictum vllum propositum est De primo emptore mittendo in possessionem vniuersorum bonorum venditoris seruandæ rei venditæ gratia. Concludamus igitur neque actioni reuocatoriæ locum ex hac causa vllum esse posse.

ERROR NONVS.

Si res vni vendita postmodum alteri donata & tradita sit.

NASCITVR hic quoque error ex præcedentibus, sed simul iunctis, ob ídque tantò faciliùs à nobis refelletur, quantò esset difficilius eam propositionem confutare quę ex duabus veris propositionibus recta argumẽtatione deduceretur. Nam interpretes qui putant non modò ita ius esse, vt qui eam rem vendidit cuius tradendæ potestatem habeat cogi omnimodo & præcisè possit ad eam tradendã. Verùm etiam si eadem res alteri vendita & tradita proponatur, qui priorem venditionem non ignorauerit permittendum esse priori, vt eam rem auocet à posteriore & euincat saltem per reuocatoriam, Iidem existimant, si non vendita ea res fuerit alteri sed donata & tradita dandam esse emptori reuocatoriam contra donatarium indistinctè, id est non solùm si sciuerit venditionem, qui casus nullam penitus apud eos recipit dubitationem, sed etiam si ignorauerit. Sic enim idem Didac. Couarr. loco suprà citato *lib. 2. variar. resolut. c. 19. nu.* 5. Ex Baldo, Iasone, Ioanne Lupo, & Francisco Ripa ibidem allegatis, Cuius sententiæ vnica ratio ab iis illa affertur, quòd licet in emptione & alia qualibet alienatione facta titulo oneroso verum sit tam venditorem quàm emptorem vt alienatio reuocetur participem fraudis esse oportere *l. 1. Lait prætor* 10. *in princip. & §. ait prætor D. quæ in fraud. credit.* Quoties tamen donationis titulo qui lucratiuus est, res possidetur, nulla fraudis scientia in donatario exigitur *l. penult. C. eod.* Nec enim verendum est ne iniuria afficiatur donatarius qui ignorauit, cùm ei lucrum extorqueatur, non damnum infligatur,

Digitized by Google

vt ratiocinatur Vlpianus noster *in l.quod autem 7.§.simili modo D.eod.* Quò etiã pertinet distinctio à Venulcio tradita *in l.vlt.§.si à socero vers.at si neuter eod.tit.* Etsi autem sufficeret nobis dicere, Vtrumque falsum esse quod interpretes pro vero assumunt, Et teneri venditorem ad hoc præcisè vt rem tradat, Et dandam ei esse reuocatoriam ad auocandam rem à posteriore emptore, quemadmodum in præcedentibus probauimus, Nec proinde posse bonam & veram esse consecutionem aut conclusionem quæ ex tam falsis propositionibus inferatur, Placet tamen errorem tam absurdum & iniquum pluribus refellere. Scio quod vulgo iactari solet, Meliorem causam esse debere illius qui certat de damno vitando, quàm eius, qui de lucro captando, *l.vltim.§.sin verò creditores Cod. de iur. delib.* Quæ sententia esse creditur eius regulæ quam Vlpianus tradit *in l.non debet* 41. *§.1.De regul. iur.* In re obscura melius esse fauere repetitioni, aut vt alij legunt, retentioni, quàm aduentitio lucro: Sed id intelligendum est non solùm in dubio & in re obscura, vt Vlpianus loquitur, sed etiam cæteris paribus. Nam cùm cætera non sunt paria nulla iuris aut æquitatis ratio facit, vt omnimodo debeat esse durior & deterior condicio eius qui titulum habet lucratiuum. Alioqui dicendum erit, Creditori nouo, qui non alia ratione indemnis seruari possit, permittendum esse vt auocet omnia, quæ longo antè tempore ac citra vllam fraudis suspicionem alij donata inueniantur: quod tamen nemo vnquam dixit, Fraudis enim suspicionem aliquam allegari, & probari necesse est ad infirmandas donationes, quæ factæ sint, antequam ius vllum alij in re donata esset quæsitum *l.post contractum* 15. *D.de donat.l.si aliquis* 7. *D. de mort. caus. donat.* Atqui non sunt cætera paria cùm res vni quidem vendita est sed non tradita, quę alteri subinde & donata & tradita est. Cùm enim traditio illa sit per quam solam licèt non nudam dominium transfertur à domino in non dominum, quoties à domino ei facta est, Cur non obsecro melior esse debeat condicio donatarij cui à domino res tradita est, quæ alij priùs fuerat vendita, quàm emptoris, qui emerit tantùm, aut etiam si voles precium soluerit, sed tamen numquam rem per traditionem acceperit? Tritum enim est, Traditionibus tantùm non etiam nudis tametsi iustis conuentionibus rerum dominia transferri *l.traditionibus* 20. *Cod.de pact.* Quid ergo hìc dubij vel obscuri esse potest, cur non potior esse debeat causa donatarij, quàm emptoris? Maximè verò in quæstione dominij, & cùm agitur de iure vindicationis. Nam si tractemus de actione reuocatoria, iam ostendimus non posse illi locum esse ad auocandam rem à possessore per emptorem, qui se & creditorem, & fraudatum velit dicere. Etsi enim non nego facilius dari posse reuocatoriam contra donatarium qui titulum duntaxat lucratiuum habeat quàm contra secundum emptorem qui habet onerosum, Nego tamen dari eam vnquam posse, quin missus sit creditor in possessionem vniuersorum bonorum debitoris ad ea distrahenda, vt ex eorum distractione possit redigi pecunia quæ debetur, adeóque quin secuta sit venditio, cùm annus intra quem agendum est reuocatoria non computetur nisi ex die vẽditionis factæ bonorum *d.l. ait Pretor* 10. *§.annus.* Ideóque positus est in Pandectis Titulus, *Quæ in fraud. credit.* post titulos *Quib.ex caus.in poss.eat.* & *De reb.author.iudic.possid.* aliósque ad eum tractatum pertinentes, vt ex ipso edicti prætorij ordine intelligamus eo demum casu reuocatoriæ actioni locum esse quo aliis partibus edicti iam fuerit satisfactum. Porrò an is cui vendita res aliqua fuit & non tradita mitti debeat in possessionem vniuersorum bonorum venditoris prætextu fraudis, quam

quam commentus ille fuit alienando subinde & tradendo eandem rem alteri, non ex iure & persona secundi acquisitoris æstimandum est, sex ex persona solius debitoris, quippe qui bonorum suorum custodiam & venditionem pati cogitur, non tanquam fraudator sed tanquam debitor. Nemo autem dixerit aut debitorem magis eum esse ob id quod rem iam venditam alij postea donauerit, aut immutari ex eo causam debiti quominùs eadem maneat, quæ erat priusquàm donaretur. Ponimus enim contractum debitum fuisse per venditionem quæ facta sit ante aliam quamlibet eiusdem rei alienationem. Itàque si ea in causa erat hic venditor vt in bonorum eius possessionem mitti emptor deberet ob nondum traditam rem venditam, cuius tamen precium fortè iam solutum esset, aut vt mitti non deberet, non eo magis aut minùs erit permittenda missio illa & distractio bonorum vniuersorum, quòd res iam vendita postmodum alij vel vendita sit vel donata. Quod enim ex postfacto fit, & ex accidenti, priorem rerum statum iurisque causam immutare nullomodo potest. Nec quòd fauorabilior est secundus emptor, quàm donatarius, facere debet vt duriorem causam venditoris esse oporteat ob id quod eandem rem alij postea donauerit, quàm si eam vendidisset. Vtroque enim casu perinde facit improbè venditor, imò improbiùs qui eandem rem duobus vendidit, quàm qui vni venditam alij donat, cùm posterior venditio non tantùm mendacij sed etiam auaritiæ infamiam exprobret venditori, subsecuta autem donatio, prodigalitatis potiùs & insaniæ. Cur ergo permittamus primo emptori vt mittatur in possessionem vniuersorum bonorum sui venditoris, ob id solùm quòd nondum fuerit tradita res vendita, quæ needum alij vlli aut iterum vendita fuerit aut donata? Aut si donatio subsecuta sit & in alium collata, cur ob id potiùs quòd donata sit quàm si alij nondum donata fuisset? Cur rursum ob id potiùs, quòd donata sit, quàm si alij vendita proponeretur? At neque alia me mouet iuris regula, quæ habet, Cùm de lucro duorum quæritur meliorem esse causam possidentis *l. nemo prædo est 126. §. vltim. De regul. iur.* Nam si ex eo inferas à contrario sensu, Non ergo meliorem possidentis causam esse debere illo quoque casu quo non de lucro duorum quæratur sed inter eos contendatur, quorum vnus lucratiuam causam habeat, alius onerosam. Admittam equidem consecutionem sed ita demum si cætera sint paria & termini sint habiles, vt nostri loquuntur. Id enim est quod ait alia iuris regula, de qua iam diximus, In re obscura melius esse fauere repetitioni, quàm aduentitio lucro, Cùm is qui repetit non possideat. Qua de causa nec illud probare possum quod quidam in ea regula emendant tolluntque dictionem illam *repetitioni* vt reponant *retentioni.* Quasi nullo præcipuo fauore dignus sit is qui titulum habet onerosum si non & ipse possideat. Quod certè non ita est. Fauor enim illius præcipuè in hoc elucet vt quamuis non possideat ideóque non possit consulere sibi per retentionem, possit tamen vti repetitione aduersus possidentem etiamsi nihil sit quod possidenti imputare possis aliud nisi quòd causam habet lucratiuam. Eiusque rei exempla sunt in actione Pauliana & reuocatoria quæ datur creditori contra donatarium quamuis ignorantem, nulliúsque fraudis conscium *dict. l. quod autem 7. §. simili modo & dict. l. vltim. §. si à socero ad fin. D. quæ in fraud. credit.* Itémque in creditore auocante rem datam & traditam legatario per heredem qui beneficium legis & inuentarij agnouerit *dict. l. vltim. §. si verò creditores. Cod. de iur. delib.* At species quam tractamus longè alia, planéque diuersa est. Qui enim ab alio rem

Digitized by Google

aliquam emit, tametsi precium iam soluerit, & idcirco possit creditorē se dicere ex causa onerosa, nullum tamen ideò ius habet in re vendita, nec in rem sed tantummodò actionem personalem aduersus vēditorem, Eámq; non præcisam ad hoc vt vēditor omnino rē tradat, sed ad hoc tātùm vt si nolet, aut nō poterit tradere, tanti condēnetur, quanti emptoris interest. Igitur si contingat rē illam venditā postea donari alteri & tradi, non potest solus fauor tituli onerosi facere, vt eo magis permittendū sit emptori, qui dominus nō est, vindicare rē à donatario qui verè dominus est licèt ex causa tantùm lucratiua, aut agere reuocatoria pro credito cuius nomine nondū fuerit missus nec mitti vnquam possit in possessionem vniuersorū bonorū venditoris. Totus enim effectus actionis reuocatoriæ, vt suprà diximus, in eo consistit vt rescissa traditione & alienatione per quam fraudatus est creditor qui in possessionem vniuersorum bonorum debitoris missus fuit, etiam in possessionem huius rei per fraudem alienatæ & traditæ missus intelligatur, tanquam quæ in bonis debitoris perpetuò mansisse existimetur, & in qua proinde non minus quàm in cæteris bonis omnibus debitoris pignus prætorium ex authoritate prætoris constitutum esse videatur: quod porrò constat nec aliter nec priùs constitutum intelligi, quàm ventum sit in possessionem *l. non est mirum* 26. *§.* 1. *D. de pignorat. act.* Denique ius aliquod pignoris in re ipsa contractum esse oportet, vt possit illa per creditorem auocari ab eo qui dominus eius rei iam factus sit per traditionem; Adeóque necesse esset ius illud pignoris esse anterius dominio possessoris vt contra possessorem exerceri posset, nisi fauor iusti creditoris ex vna parte, & odium fraudis à debitore factæ ex altera, æquitatem Prætoris mouisset ad inducendam reuocatoriam etiam contra eum qui dominus factus esset ante constitutionem prætorij pignoris, facta per fraudem alienatione. In quo potentius est ius prætorij pignoris quàm iudicialis quod nunquam constituitur in re quæ sit eo tempore extra bona condemnati *l. à Diuo Pio* 15. *§. si rerum D. de re iudic.* Sed cum illa tamen distinctione, vt si is cui res fuit tradita causam habeat lucratiuam perinde teneatur reuocatoria siue participauerit fraudem siue ignorauerit, quòd æquius sit faueri creditori qui certat de damno vitando, quàm donatario qui de lucro captando, Si verò causam possidendi habeat onerosam, non aliter exerceri reuocatoria contra eum possit, quàm si fraudis conscius & particeps probetur: Ne ius quod ab initio æquum fuisset posteà iniquum fieri inciperet si secundus emptor in damnum incideret, vt primus indemnis seruaretur. Neque enim beneficium Prætoris aut Principis cuiquam debet esse vnquam iniuriosum *l. ex facto* 43. *De vulgar. & pupill. substitut. l. Paulus notat* 8. *De prætor. stipulat.* Atqui nullum ius pignoris habet emptor in re sibi vendita neque conuentionale siue expressum, siue tacitum, neque prætorium, neque iudiciale vt quiuis videt. Nihil ergo iuris habere potest ad rem illam à donatario auocandam; Nec si donatarius venditionem alij factam sciuerit, Multò minùs si ignorauerit.

***

ERROR

ERROR DECIMVS.

De eadem re pluribus separatim donata & posteriori donatario tradita. Ad postremam partem d. l. quoties 15. *Cod. de rei vindic.*

HVIC tamen nostræ sententiæ obstare videri possit ac pro interpretum opinione vrgere quod Imperatores *in dict. l. quoties* 15. *Cod. de rei vindic.* postquàm rescripserunt, Eadem re duobus separatim à domino vendita, potiorem esse debere illum cui priori tradita sit, non qui prior emerit, subiiciunt in hæc verba *cum etsi ex causa donationis vtrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, potiorem haberi conueniat.* Videntur enim huiusmodi verbis innuere, Aliud ergo dicendum esse si non ex causa donationis vterque dominium rei vindicet, sed vnus ex causa donationis, alius ex causa emptionis. Alioqui non facilè dici poterit cur ita locuti sint Imperatores si hoc quoq; senserunt vt eum cui posteriori tradita sit res ex causa donationis præferri oporteat ei qui prior rem emerit, necdum tamen eam per traditionem acceperit. Nec sanè alius iuris nostri aut locus aut color est quo decipi probabiliùs interpretes potuerint. Non animaduertentes tractari ab Imperatoribus casum illum quo traditio vtrique facta sit ab eodem qui vtriusque contractus tempore fuerit dominus & consequenter tempore prioris traditionis,non etiam posterioris.Nam qui ex iusta aliqua causa præcedente iam tradidit rem cuius dominus erat cùm traderet, fieri certè nequit vt non desierit esse dominus qui per eam traditionem dominum fecit accipientem. Proinde mirum non est in rei vindicatione præferri eum cui priori res tradita est,Non tam quasi potiorem si subtiliùs intueare quamuis ita loquatur Imperatores,& quomodo loquendum omnino esset si de concursu duorum creditorum hypothecariorum contenderetur, Quàm quasi solum dominum,vt in alia specie loquitur Papinianus *in l.2. D. qui potior. in pignor. hab.* quia verum est alium cui posteriori res tradita est,neque factum esse dominum,neque fieri à non domino potuisse.Quæ ratio euidenter procedit siue eadem res duobus vẽdita,siue duobus donata & singulis tradita proponatur. At nos eum casum tractamus,quo res eadem vni quidem vendita sit, & donata alteri, sed tamen soli donatario tradita, non etiam emptori.Quo casu stulta sanè & absurda quæstio est,Vter in rei vindicatione præferri debeat,An donatarius qui per traditionem à domino factam effectus est dominus,An verò emptor qui licèt prior cõtraxerit & quidem cum domino numquam tamen dominium nancisci potuit nulla ei facta traditione, vt *in l. quitibi 6. C. de hered. vel act. vend.* Quænam enim dubitandi ratio esse potest, An dominus ille sit cui neque res tradita est, neque alio vllo ex legitimis modis transferendi iure Quiritium dominij acquisita? Aut an vindicationem habere debeat is qui non est dominus nec gentium iure nec ciuili *l. in rem* 23. *D. de rei vindic. l. vlt. C. eod.* Cùm verò vtrique facta traditio est,& quidem ab eo quem negari non potest vtriusque contractus tempore dominum fuisse, Posset vterque non improbabiliter contendere se dominum, nisi fortior illa ratio impediret,quòd neq; possunt duo eiusdem rei domini esse in solidũ, vulg. *l.5. §. si duobus vehiculũ D. commod.* neq; dominus esse is cui res tradita est ab eo qui do-

Digitized by Google

minus esse iam desierat. Idque significant verba illa Imperatorum in *dict. l. quoties, manifesti iuris est eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Non quasi vterque sit dominus nec de alio quæri oporteat quàm vter dominus remanere debeat, sed quòd vtroque contendente se esse dominum, & eo qui non possidet volente possidentem expellere, quæstio illa necessario expedienda sit, vter sit potior in detinendo dominio, Sed an non potior esse debeat in dominio detinendo is qui possidet, & quem non tam de dominio obtinendo quàm de eo detinendo laborare oportet cùm iam possideat. Quemadmodum in interdicto Vti possidetis vtroque dicente se possidere non quærimus, Vter sit potior in detinenda possessione cùm vnus tantùm detineat, quia nec duo eandem rem possidere in solidum possunt *l. 3. §. ex contrario D. de acqu. rend. possess. l. duo in solidum* 19. *D. de precar.* Sed an non debeat esse potior in interdicto qui probat se possidere. Quamquam exemplum hoc in eo dissimile est, quod non nisi insulsè posset ita concipi quæstio, An in detinenda possessione potior esse debeat is qui possidet, cùm alius non possit detinere possessionem quàm qui possidet, nec alius possidere, quàm qui possessionem detinet. Illa verò commodè proponi potest, An in detinendo dominio potior esse debeat is, cui priori res tradita est, quia aliud est Dominium detinere, aliud verò Rem per traditionem accepisse. Sicut & aliud plerumque est Rem per traditionem accipere, Aliud verò rei dominium obtinere, Item aliud Possidere, Aliud rei dominium retinere cùm fieri possit vt dominium habeat & retineat etiam is qui non possidet. Detinere tamen dominium is tantùm dicitur qui rem ipsam detinet ac possidet. Eo namque verbo factum magis quàm ius significatur *leg. stipulatio ista* 38. *§. hæc quoque stipulatio versic. planè si tenere. D. de verborum obligation.* At obtinendi & retinendi verba magis ad ius referuntur. Ideóque dominium quod iuris non facti est obtineri per se potest & retineri sed non detineri sine possessione, quæ ex contrario facti magis quàm iuris est *l. denique* 19. *D. ex quibus caus. maior. l. 1. §. si vir vxori D. de acquirend. possess.* Quid? inquies, An non æquè verum est cùm res aliqua vni fuit vendita, sed non tradita, alij verò & donata & tradita non modò potiorem esse in detinendo dominio eum cui tradita est licèt possideat ex causa lucratiua, sed etiam solum dominum esse acsi traditio ei facta esset ex causa posterioris venditionis? Nónne donationis causa æquè iusta & legitima est ad transferendum per traditionem dominium, ac causa venditionis? Ita planè est *l. numquam nuda* 31. *D. de acquirend. rer. domin. §. per traditionem Institut. eodem.* Cur non ergo dicimus, Etiamsi non inter duos emptores, aut donatarios contendatur quibus singulis res tradita sit, sed inter emptorem qui prior emerit necdum tamen rem per traditionem acceperit, & donatarium cui soli tradita res fuerit, perinde tamen præferendum esse in dominio, & rei vindicatione donatarium acsi emptor ille esset, aut cum alio donatario nō eum emptore negotium haberet? Aut quid prodesse potest emptori quòd venditorem suum obligatum habet ad tradendum, cùm nec si traditio sequeretur proficere tamen quicquam posset emptori ad dominium acquirendum, tanquam ab eo facta qui per traditionem iam alij factā dominus esse desiisset? *d. l. qui tibi 6. C. de her. vel act. vēd.* Sunt hæc omnia adeò vera vt nullus apud me dubitationi locus relinquatur quin donatarius cui soli res tradita est præferendus omnino sit emptori cui res nūquam tradita fuit. Sed an

& ei

& ei cui perinde tradita quidem res fuerit, sed posteriori licèt prior contraxerit? Sic quoque existimo. Tûc enim præfertur prior venditor, tùm quoque cùm emit à nondum domino, quando ei tradita res est eodem tempore vt *in l. si à Titio 72. D. de rei vindic.* quia plus potest traditio facta ab eo qui nondum dominus est, & qui postea factus dominus etiamsi nōdum rem tradidisset, tamen implere venditionem cogeretur *l. si quis 46. D. de action. empt.* quàm quæ fit ab eo qui iam dominus esse desiit. Ius siquidem superueniens confirmare potest traditionem quæ ab initio nullum ius tribuere potuit, vt in *l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat. sit.* At traditio quæ fit eo tempore quo iam nullum ius tradenti competit, effectum nullum habere potest. Nec repugnant Imperatores *in d. l. quoties*, vbi hæc species, vt dixi, non attingitur, Tantùm abest vt in contrarium aliquid eo rescripto constituatur. Quod enim subiiciunt de re duobus donata, eò tantùm pertinet, vt intelligamus dubitari non posse, quin ex duobus emptoribus is præferri debeat cui priori res tradita est, Cùm & in duobus donatariis idem obtineat. In quibus tamen potuisset quis non immeritò existimare aliud dicendum esse, ob illam iuris regulam quæ habet, Quoties vtriusque causâ lucri ratio vertitur eum præferendum esse, cuius in lucro causa tempore præcedit *l. quoties vtriusque 98. de reg. iur.* Cùm enim facta pluribus donatione eiusdem rei vterque causam lucratiuam habeat, & causa lucri sit donatio, consequens videtur, vt qui prior donationem meruit præferendus sit, licèt non priori ei tradita res probetur, sed intelligi debet illa regula cæteris paribus. Cætera autem non sunt paria, cùm donatario posteriori tradita res prius fuit, quia traditio à domino facta dominum facit accipientem, & consequēter impedit ne alius donatarius quantumuis prior tempore in titulo donationis fieri dominus ex ea donatione vnquam possit, Nec si millies eidem res tradatur ab eodem donatore qui iam dominus esse desierit. Quòd si inter ipsos quoque donatarios id obtinet, vt posterior cui prius tradita res est præferatur priori, Quantò magis idē dicendum erit in pluribus emptoribus cùm posterior emptor causam habeat onerosam, tantóque minùs ferendum sit, vt ei res auferatur cuius dominus esse cœpit? Nam etsi secunda venditio in fraudem creditorum facta esset à venditore, non aliter tamen auferenda res esset posteriori emptori per creditores fraudatos agentes reuocatoria post impetratam ex edicto possessionem & distractionem bonorum venditoris, quàm si emptor hic posterior fraudem cum venditore participasse probaretur : Cùm tamen in eo qui non nisi ex donationis causa rem sibi traditam possideret, indistinctè admittendum esset eo casu auferendam ei rem esse, non quidem per vindicationem, & proposita quęstione dominij, sed per reuocatoriam, secundum ea quæ in superioribus disputauimus *ex d. l. quod autem 7. §. simili modo & l. vlt. §. si à socero ad fin. D. quæ in fraud. credit.* Ceterùm non probat ea res quin tam fauorabilis causa esse debeat donatarij cui priori res tradita est contra emptorem anteriorem, cui vel nunquam, vel non nisi posteriori tradita fuerit, quàm esset contra donatarium qui prior donationē meruisset, nūquā tamen vel non nisi posterior rem per traditionē accepisset. Sed quia tam multa dicere cœpimus, De re pluribus vendita vel donata circa interpretationem *d. l. quoties 15. C. de rei vindic.* paulò diffusiùs tractanda res est, vt constare possit quid nobis de tota illius legis sententia videatur. Est enim lex satis difficilis & malè ab interpretibus tam veteribus quàm recentioribus explicata, & quæ mihi videtur egere aliqua emendatione.

Digitized by Google

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS LXXXVI.

ERROR I.
De sententia & variis interpretationibus l. quoties 15. C. de rei vindic.

PONVNT Imperatores *in l. quoties 15. C. de rei vindic.* distractum ab eodem venditore fuisse prædium plurib. emptoribus in solidũ: quod idem esse putat Accursius, ac si dicerent distractum fuisse separatim & diuersis tẽporibus quasi fieri nequeat vt eodẽ tẽpore vẽdatur eadem res pluribus, ita vt vendatur singulis in solidũ, quia cùm plures simul emunt & eodem contractu, necesse est vt emant coniuncto dominio, id est pro sua quisque & dimidia parte vt *in l. 2. C. pro socio.* Hic verò primus mihi videtur error Accursij & Accursianorum in huius legis explicatione. Sic enim proculdubio intelligi Imperatores debent, vt eodem contractu, & quod idem est, eodem tempore eadem res fuerit vendita duobus in solidum. Addíque postrema hæc verba necesse fuit ad excludendum illum casum, quo duobus simul quidem & eodem tempore fundus esset venditus, sed non in solidum. Eo siquidem casu non singulis in solidum, sed pro virili cuiusque portione venditus intelligeretur *l. reos 11. §. cùm tabulis D. de duob. reis. l. fundus ille 64. D. de contr. empt.* Adiecta verò illa verba *in solidum*, cùm ita sint accipienda, non vt vtrique simul, sed vt singulis & vnicuiq; in solidum venditio facta sit, faciunt sanè vt duo correi ex causa emptionis constituti esse videantur, Nemo enim dubitat quin verũ sit quod Papinianus scribit *in l. eandem 9. De duob. reis*, non tantùm verbis stipulationis posse fieri duos reos promittendi, sed & cæteris contractibus, Veluti emptione, inquit, venditione, locatione, conductione, deposito, & commodato. Quomodo autẽ fieri possent duo correi debendi ex causa emptionis nisi fierent eo casu quo venditio eiusdẽ rei duobus simul facta sit in solidum? Nisi fortè poneres omissã quidẽ adiectionem hãc *in solidum*, sed in eius vicẽ adiectũ fuisse, *ita vt duo correi emendi essent, vt in d. §. cùm tabulis.* Quæ verba sunt certè apertiora, sed nõ aptiora ad constituendos correos emptionis, quàm cùm venditio eiusdem rei duob. simul facta est in solidũ. Nã & iis verbis casus etiã ille excluditur, quẽ Accursius solũ includi putat, quo facta sit venditio pluribus separatim. Quisquis enim

nim pluribus vēdit separatim & diuersis cōtractib., is haud dubiè semper in solidū singulis vēdere intelligitur, nisi expressim dicat se partē vni vēdere, partem alteri *l. & quæ nondū* 15. *§. qui res suas D. de pign.* Eámq; ob causā Paulus *in l. qui duob.* 21. *D. ad l. Cornel. de fals.* tractās de eo qui propter vēditā duobus in solidū eandē rē incidit in legē Corneliam de falsis, addit *diuersis contractib.* quoniam is qui eodē cōtractu eādē rē duobus in solidū vēdit, neq; pœna falsi, neq; alia vlla coercetur, cùm eo modo nihil faciat illicitum, sed duos sibi acquirat correos ex causa emptionis, quod vtique facere licet. Quòd si Paulus *in d. l. qui duobus,* non adiecisset verba illa *in solidum,* sed simpliciter locutus fuisset de illo, qui duobus eādē rē vendidit, vtiq; nec illa adiecisset *diuersis contractibus,* quia cùm dicimus aliquē duobus vēdidisse, nec aliud adiicimus, satis hoc ipso vtrūq; significamus, quòd & separatis contractibus vēdiderit, & vnicuiq; in solidū. Sed sicut adiectio illa *diuersis contractibus* necessaria est, cùm ponimus eandem rē duobus vēditā esse in solidū, ne duo correi debendi ex causa emptionis constituti existimētur, Ita & remotis verbis illis necessaria est ea adiectio *in solidum*, vt appareat id actum fuisse, vt duo correi debendi constituerentur, nō autē vt res vendita vnicuiq; ex emptorib. pro virili tātū ipsi⁹ portione acquireretur. Itaq; sicuti nō probo quod Accursius ad hanc legem & Iacob. Cuiacius *lib.* 18. *obser. cap.* 31. putant intelligēdū esse rescriptū hoc de re plurib. separatim & diuersis tēporibus vēdita, Sic neq; quod aliis quibusdā placet de ea venditione intelligi debere, quæ pluribus facta sit simul tantùm, id est non addito eo *& in solidum,* quoniam omissa illa adiectione fatendum esset, non nisi viriles partes singulis venditas videri, Qui casus non reciperet dubitationem & quęstionem illā quæ in hac lege proponitur, Vter ex emptorib. potior esse debeat in detinendo & vindicādo dominio: Quandoquidē esset vterque non tam potior, quàm solus dominus in sua quisque portione, nec in alterius parte quicquā iuris ex causa emptionis habere alter posset, qui eā non emisset. Neque tamen hoc quod dicimus, Posse duobus simul eādē rē in solidū distrahi, & ex ea causa emptionis duos debendi correos fieri, sic accipiēdū est, quasi perinde fieri possit vt & dominiū & possessio rei vēditæ vtriq; emptori separatim in solidū acquiratur. Nec enim aut dominiū, aut possessio duorū in solidū esse potest *l. si vt certo* 5. *§. si duobus vehiculū D. cōmod.* quia nec traditio per quā & possessio, & cū possessione dominiū acquiritur fieri plurib. simul in solidū potest, Licèt vel vtrique simul fieri simpliciter possit, vel vni tātùm nomine tamē vtriusq;: quod cùm fit, vterq; quidē possessor fit & dominus, sed cōiuncta possessione & cōiūcto dominio vt loquūtur iidē Imperatores *in d. l.* 2. *C. pro socio.* Nēpe aliud est sic vēdi eādē rē plurib. in solidū, vt vnusquisq; ipsorū emptor sit in solidū, ex eáq; causa solidū preciū debere incipiat, ac si solus emisset. Aliud verò sic, vt vnusquisq; in solidum & possessor & dominus fiat: Et queādmodū potest quid nobis deberi ex pluribus causis, licèt nostrū esse ex plurib. causis non possit *l. non vt ex pluribus* 159. *de regul. iur.* Ita nec quicquā vetat pluribus eandem rem in solidum ex causa venditionis deberi, & è cōtrario plures in solidū debere singulos preciū eius rei quā simul & in solidū emerint, Quę tamē singulis acquiri simul in solidū non possit. Proinde cùm dicimus factos esse duos pluresve correos emēdi nō ad ius dominij vel possessionis respicimus, sed ad ius tantùm obligationis & actionis quę ex eiusmodi cōtractu nascitur, sicuti & cùm dicimus factos duos correos debendi ex causa commodati non de transferenda in eos omnes & singulos in solidum possessione intelligimus, sed de vsu singulis in solidum acquirendo, ita vt alter per alterū vti videa-

Digitized by Google

tur,& alter per alterum agere quoque & conueniri *d.§.si duobus,cum legib.seq. D.commod.* Similiter igitur dicendum est, Cùm duobus simul & in solidum idē prædium iure distractum est, habere quidem singulos ius agendi contra venditorem, vt prædium quod vendidit tradat in solidum ei qui solus & primus agit, si non iam id alij tradiderit. Sed tamen non ideò fieri posse vt vtrique simul & vnicuique ipsorum tradat in solidum, non magis quàm vt vtrumque separatim faciat dominum in solidum aut possessorem. Quod cùm ita sit, necesse est, vt si consentiant in traditione hactenus vt vel vtrique res tradatur, vel quod effectu idem est, vni quidem sed vtriusque nomine, coniungantur in possessione & dominio , ac vnusquisque pro dimidia parte & possessor & dominus factus esse intelligatur *d.l.2.C.pro socio.l.huiusmodi* 84.*§.vlt.de legat.*1. Si verò dissentiant, & petat quisque sibi soli & in solidum rem tradi, quia pluribus sic tradi non potest, locus sit gratificationi & electionē habeat venditor cui tradere malit *arg.l. vlt.in prin.D.de relig.& sumpt.fun.* & quidem impunè, id est, ita vt cùm vni tradiderit etiam inuito altero correo emptionis, ab altero tamen correo liberatus sit, neque conueniri ad tradendum amplius possit, quandoquidem ita fecit ex lege & natura venditionis, quam pluribus simul & in solidum fieri contrahentes voluerunt. Sic verò impleta fide contractus, vt venditor distractum prædium vni tantùm ex emptoribus tradiderit, eique accipienti in solidum suo solius nomine, cùm nulla possit esse querela alterius emptoris, cui tradita res non est aduersus venditorem, cui nihil obiici aut imputari potest, sola inter emptores ipsos quæstio superesse potest, quis in causa dominij & vindicationis potior esse debeat, siue alter ipsorum possideat & conueniatur à correo emptionis, cui nunquam tradita res fuerit, siue neutro possidente ambo agant rei vindicatione contra possessorem tertium, quisquis alius ille sit. Rescribunt itaque Imperatores ad vtrumque caput huius quæstionis, vt puto: Et quidem ad primum, prioribus illis verbis legis *Quoties duobus in solidum prædium iure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorem.* Quæ sententia quamuis aperta videatur, multa tamen continet quæ interpretes vel non obseruant vel malè explicant : Atque imprimis dictionem illam *iure* quam Accursius noster variis donat interpretationibus. *Iure*, inquit, *in præiudicium venditoris cùm teneatur vtrique.* Parum subtiliter. Fieri namque potest, vt quis nullo iure rem siue suam siue alienam distrahat, nec eo minus tamen imò tantò magis obligetur ad precij restitutionem vt *in l.2.C.si vendit.pignor.agat.l. si quidem* 11.*l.vtere* 14.*l.si prædium* 16.*C.de præd.minor.l.sua rei* 16.*l. rem alienam* 28.*D.de contr.empt.* Addit *vel iure, id est non dolo.* Æquè malè. Dolus enim non iuris, sed facti est, ideóque probari debet ab eo per quē allegatur *l.dolum* 6.*C.de dolo.l.quoties* 18.*§.*1.*D.de probat.* Eadémque ratio facit vt illa quoque interpretatio reiicienda sit, quam subiicit *iure id est bona fide.* Nam & facti non iuris est illa quęstio, An bona fide venditio facta sit necne, cùm & bona & mala fides inducatur ex scientia vel ignorantia rei alienæ vt plurimùm, Et mala fides quidē ex scientia veritatis, bona fides verò ex aliquo errore probabili *l.qui fundum* 7.*§.qui bona fide.D.pro emptor.* Subiungit *vel sine dolo secundum quosdam.* Quam interpretationem Cuiacius quoque supradicto loco secutus fuit, quæ tamen omnium improbabilissima est. Qui enim dicit Venditionem iure factam esse, dicit quid affirmatiuum, & vt loquuntur, positiuum: Qui verò dicit *sine dolo malo*, negatum quid & simplex abnutiuum, vt Paulus loquitur *in l.inter stipulantem* 83.*in princ.D.de verb.oblig.* Nec sanè quicquam vetat fieri venditionem sine dolo

malo

malo quę tamē nō iure fiat, puta siqua res sit quę iure impediat vēditionē, & quā tamen venditor ignoret. Veluti si putet se verum tutorem aut procuratorē cum non sit. Si enim tanquam talis vēdat, equidē vendit sine dolo malo, sed non iure quia ius vendēdi non habet, quāuis putet se habere. *l. bonæ fidei* 109. *De ver b. sign.* Nec iuuare potest hanc interpretationem quod affert Cuiacius *ex l. si ea res* 31. *§. vlt. De action. empt.* in illis verbis *cùm emptio venditióque sine dolo malo fieret.* Perinde namque errare te dicam, si ea verba sic explices, ac si scriptum esset *cùm emptio venditióque iure fieret* nec vnquam patiar, vt ista pro synonimis vsurpes *iure & sine dolo malo.* Præter id quod supradicta illa verba, quæ retulimus *ex d. §. vlt.* mihi valde suspecta sunt, nec immeritò vt ex sequentibus apparebit. Postrema interpretatio Accursij est *vel iure quantum ad vendentis præiudicium. Non autem iure, quia iure incidit in legem Corneliam de falsis, vt D. ad leg Cornel. de fals. l. qui duobus.* Secundum quam interpretationem admittendum esset eādem venditionem dici factam iure & non iure: Quod ferendum non est, ne quidem diuersis respectibus. Ius enim semper & vbique ius est, ac sui simile, nec vnquā secū pugnat. Sed præcipuus error Accursij in hac interpretatione ille est, quod putat Imperatores de ea venditione tractare quæ lege Cornelia de falsis coerceatur, quod non ita est. Lex enim Cornelia, vt iam diximus, non punit eum qui duobus vendit eandem rem simul & in solidum de quo Imperatores loquuntur, sed eum tantùm qui duobus vendit in solidum quidem, at diuersis contractibus, *d. l. qui duobus.* Ex quo moueri tantò magis Accursius debuit, ne legem hanc quæ ponit iure factam esse venditionem de eo venditore intelligeret, qui eandem rem diuersis temporibus vendidisset. Quamquam in hoc etiam errat, quod putat eo casu quo idem venditor eandem rem duobus vendiderit diuersis contractibus, non videri iure factam esse venditionem. Cùm enim facta sit ab eo qui vendendi ius habuit etiam posteriori emptori nondum tradita re anteriori, quia quandiu non tradidit, verum est perseuerasse illum dominum, consequens est, vt iusta venditio dicenda sit. Alioqui non transferretur ex ea dominium in secundum emptorem *l. numquam nuda* 31. *D. de acquir. rer. domin.* quod tamen transferri certum est *d. l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vendit. l.* 3. *C. de his qui à non domin. manum. sunt.* Neque verò lex Cornelia de falsis huic venditioni resistit, vt eam fieri prohibeat, quòd si esset vtique fieri illa iure non posset, sed factam punit, non tamen irrogata pœna venditioni aut secundo emptori nec si eandem rem iam alij venditam esse sciuerit, sed venditori qui certè dolo carere non potest eandem rem duobus vendens in solidum diuersis contractibus *d. l. qui tibi.* Debuit ergo Accursius dicere, quod iam attigimus, Eam demum venditionē iure fieri, quæ fit ab eo qui ius vendendi habet, siue dominus ille sit, siue non sit. Interdū nāque euenit, vt qui dominus est, non possit vēdere, Interdum etiam vt qui dominus non est vendendi tamen & alienandi ius habeat, vt pluribus docet Iustinianus *in tit. Quib. alien. licet vel non Instit.* Ideò autem necesse fuit tractare Imperatores de venditione iure facta, quia consulti erant de iure dominij & vindicationis quæ soli domino competit, Dominium verò non ex qualibet venditione transfertur per traditionem, sed ex ea tantùm quę fit iusta *d. l. numquam nuda.* Iusta porrò esse non potest ea quę non fit iure.

ERROR SECVNDVS.

Ad l. qui tibi 6. C. de hered. vel act. vend. l. siue autem 9. §. si duobus De Public. in rem act.

SEQVVNTVR in lege verba illa *manifesti iuris est*, ex quibus apparet non de obscuro & dubio aliquo iure rescribere in hac lege Imperatores, sed de eo quod certum sit & manifestum, Ac proinde nihil causæ esse cur cum Cuiacio comminisci debeamus tractare illos de specie aliqua, quę sit abstrusior & difficilior, quã illa sit de qua iidem Impp. rescripserunt *in d.l. qui tibi 6.C. de hered. vel act. vend.* quæ vulgaris interpretum explicatio est. Tractat enim illa lex de eo qui post vniuersam hereditatem vni venditam, alij vendidit postea rem aliquam hereditariam. Et ait, Etiam vendita hereditate, antequàm tamen res hereditarias traderet, perseuerasse ipsum dominum, & ideò vendendo eas aliis transferre dominium potuisse, sed quoniam fidem contractus fregit, conuentũ illum actione ex empto quanti emptoris interest præstare cogẽdum esse. Quid verò manifesti iuris esse aiunt Imperatores? Ex duobus emptoribus quibus in solidum idem prædium iure distractum fuit eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorem. Hoc verò Accursius noster illud ipsum esse putat, quod rescriptum est in *d.l. qui tibi*. Rationem enim adfert quòd venditor remanserit dominus etiam post primam venditionem. Vt proinde posteriorem emptorem cui prius tradidit dominum facere potuerit, Nimirum supponit ille quod nos refutauimus factam esse duplicem venditionem separatis contractibus, nec vtrique tamen traditum fuisse prædium, sed posteriori tantùm emptori. Nã si priori prius quoque traditum esset, dubitandi causa penitus nulla fingi posset, cur non potiorem esse oporteret eum qui non solùm prior emisset, verùm etiam rei venditæ possessionem prior accepisset? At nos qui contrà ponimus vnica duntaxat venditione distractum fuisse duobus prædium in solidum, factósque ex ea causa duos correos emptionis, non dicimus traditum fuisse prędium posteriori emptori, sed vni ex emptoribus, quisquis ille sit. Neuter enim aut prior aut posterior dici potest, cùm ambo & singuli eodem contractu in solidum emerint, quamuis necesse sit alterum ex iis priorem nominatum fuisse, alterum posteriorem. Ordo siquidem scripturę non impedit causam iuris ac voluntatis quoties cõstat quid actũ sit *l. cum pater 77. §. fidei tuæ de leg. 2.* iũct. *l. neo enim 6. D. de solut.* In eo autem consentimus cum Accursio, quod non ponit vtrique traditum fuisse prædium, nec vni vtriusq; nomine, sed vni tantũ proprio suo nomine & in solidũ accipiẽti. Non.n. quod lex ait *cui priori tradit ũ est* facere debet vt credamus vtrique fuisse traditũ, priori vni, posteriori alteri. Sed potius vt vni duntaxat ex duobus, sed qui licèt solus hac parte fuerit, prior tamen dici possit in cõparationẽ non eius cui posteriori traditio facta sit sed cui etiã priori fieri poterat si vẽditor voluisset, cùm esset vt diximus gratificationi, aut saltem præuentioni locus. Quãquã & in *l. siue autẽ 9. §. si duobus D. de public. in rem act.* vbi ea ipsa species tractatur, quam interpretes tractari putant *in d.l. quoties* de re duobus separatim vẽdita, & quidem qui vtriq. bona fide emerint, sed à nõ domino, vt proinde nõ de vindicatione queri oporteat de qua sola queritur *in d.l. quoties*, sed tantũ de Publiciana, qui eorũ magis Publiciana vti possit, Video Vlpianũ in hæc verba scribere *vtrum is, cui priori res tradita est, an is qui tantum emit.* Quib. tamen postremis verbis si quis significari putet non fuisse rẽ traditã vtrique emptori, sed alterũ ex emptorib. emisse tãtùm, id est ita contraxisse vt prior quidẽ emerit, sed tamẽ rẽ emptã nũquã per traditionem acceperit, Is certè meo iudicio errauerit. Omnino enim recipienda est hac parte, vt ego quidẽ arbitror licet ex supradictis Vlpiani verbis aliquãtulũ aliena videatur interpretatio Cuiacij

Digitized by Google

lacij qui ea verba sic accipit,acsi scriptũ esset *an is qui tãtùm emit prior*, id est qui prior fuit in emẽdo tãtùm nõ etiam adprehẽdẽda possessione. Agitur.n. eo loco de actione Publiciana quã certũ est nũquã competere emptori qui tãtùm emerit quãtumuis bona fide si nõ etiã possessionẽ rei acceperit per traditionẽ & quidẽ bona fide *l.1.l.3.§.1.l sed etsi 7.alias l.eum qui §.vlt.aliàs l. traditionem eod.* Et Vlpianus ipse ponit eum cui priori res tradita non fuerat, sed qui tãtùm emerat possidere tamẽ rẽ vẽditã,cũ sic distinguit vt dicat,siquidẽ ambo emerint ab eodẽ non domino potiorẽ esse illũ cui priori res tradita est,Quòd si à diuersis non dominis meliorẽ causã esse possidẽtis quã petẽtis: Sẽsus.n.est,Etiãsi ei qui prior tantùm emerat posteriori tradita possessio sit,vincere tamẽ illũ debere si possideat eo tẽpore quo actione Publiciana vtitur is cui priori tradita res fuit. Eo scilicet iure quo cæteris parib.vincit possessor quilibet hoc ipso quod possidet *l.1. D.vti poss.* Cõtra quoq.si anterior emptor agat Publiciana aduersus posteriorẽ, quẽ tamẽ ponimus priorẽ adprehẽdisse possessionẽ [quod facilè potest euenire si quo casu possessionẽ illã sibi quæsitã amiserit,cũ quisquis agit Publiciana eum necesse sit & possedisse aliquãdo,& possessionẽ suã subinde sine vllo facto suo amisisse] æquè vincere eũ debere cui priori tradita res est,si possessionẽ quã medio tẽpore amiserat nũc recuperauerit,& hodie possessor sit. Vincet.n.non quia possessio ei priori tradita sit,sed quia hodie possidet:Qua ratione vinceret,etiãsi in possessione adprehẽdẽda prior nõ fuisset. De quo plura in sequẽtib.dicemus. Neq.tamẽ valde repugnabo si quis pertinaciùs volet contẽdere Imperatores *in d.l.quoties*,eũ quoq.casũ tractare quo prędiũ duob.iure vẽditũ vtriq. traditũ sit, Dũmodò ponamus post traditionẽ factã ei qui posteriore loco traditũ fuit,possessionẽ ad eũ cui priori traditio facta fuerat rediisse. Ponũt nãq.Imperatores esse illũ possessorẽ cùm sic loquũtur *in detinẽdo dominio esse potiorem*. Nec admitti potest quod Accursius notat in verb.*potiorẽ*,siue agat siue cõueniatur. Etsi.n.nõ nego quod Accursius dicere voluit,Eũ cui priori res à domino tradita est potiorẽ esse debere in causa & quęstione dominij siue agat,siue cõueniatur. Nego tamẽ hãc interpretationẽ cõuenire verbis rescripti, quæ dicũt potiorẽ illũ esse in dominio detinẽdo. Nec.n.dominiũ dici potest detineri nisi ab eo q rẽ ipsã possideat,quia sicuti per possessionẽ vt plurimũ acquiritur,ita nõ nisi per possessionẽ detinetur,cùm sit iuris,possessio aũt & detẽtio ipsa facti. Quãuis etiã sine possessione,& amissa quoq.ea retineatur,vt alio loco suprà disputauimus. Quod & Accursius ipse pręsẽtiẽs cogitur interpretari de possessione quod lex ait de dominio. Valde improbabiliter. Dominij siquidẽ & possessionis sicut nomina, ita & iura sũt omnino separata *vulg.l.naturaliter 12.§.nihil cõmune D.de acq.poss.* Ac tametsi minùs nouum sit vt verbo possessionis proprietas significetur *l. inter dũ 78.de verb sign.* repugnãte licèt sermonis puritate vt cõstat *ex l.quæstio est 115.eo. tit.* Inauditũ tamẽ est vt dominiũ dixerint vnquã prudẽtes vel Imperatores pro possessione. Nec melior Placẽtini interpretatio est supradicta verba accipientis de dominio pręsumpto,quæ haud dubiè accipiẽda sũt de vero. Quidni.n. verus dominus ille sit,cui ex causa iustę emptionis traditio est à vero domino? Atqui verus dominus fuit vẽditor eo tẽpore quo rẽ tradidit vni ex emptorib. nõdũ alteri traditã,licèt vtriq.vẽditã. Quãdiu.n.nulli tradidit, vtiq.dominus ipse perseuerauit,tametsi eã rẽ separato cõtractu alij antea vẽdidisset. Admittendũ igitur necessariò est , in detinendo vero dominio potiorem illum esse cui priori res tradita est, siue soli ei tradita sit, siue alij etiam postea. Nam quod adiicit Accurs. vice nouæ interpretationis *vel constabat vendentem dominum esse* prorsus

Digitized by Google

ineptum est. Neque enim de dominio aut detinendo aut vindicando tractari oporteret si venditio à non domino facta proponeretur, sed tantùm de possessione, vel de quasi dominio, Nec de directa & ciuili rei vindicatione, sed de pretoria quæ Publiciana appellatur, de qua *in d.l. siue autem 9.§. si duob. De publician. in rem act.* Tractari autem ab Imperatoribus in hac prima rescripti parte casum illum quo is cui siue soli siue priori tradita res est, idem possessor inueniatur, vt non de vindicando dominio laborandum habeat, sed tantùm de eo detinendo & aduersus vindicantem defendendo, Ex eo intelligimus quod in altera & posteriore rescripti parte ita scribunt *cùm etsi ex causa emptionis* [sic enim legendum esse non *donationis* in sequentibus ostendemus] *vtrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est haberi potiorem conueniat.* Sic enim argumentantur Imperatores, vt eum cui priori possessio rei venditæ tradita est multò magis in detinẽdo dominio potiorem esse oporteat, cùm etiamsi de vindicando eius rei dominio ageretur, eundem tamẽ præferri oporteret. Qui enim potior est etiam ad agendum, cur non multò potior sit ad defendendum? Nempe consulti erant Imperatores ab eo ex emptoribus, cui priori tradita res fuerat, quique cùm ex ea causa rem possideret, conueniebatur à correo emptionis directa rei vindicatione, Non tamen in solidum. Quo enim colore id faceret? Sed pro parte, Eo scilicet prætextu, quasi traditio vni facta eius rei quæ duobus vendita esset in solidum vtrique emptori prodesse deberet, ad transferendum coniunctim dominium in vtrumque, quod in singulos in solidum transferri nõ potuit: Ac sanè ita esset si traditio vni quidem, sed vtriusque nomine facta probaretur. Nec enim quicquam vetat traditionem vni fieri nomine alterius, ita vt etiam per liberam personam possit acquiri possessio & per possessionem dominium etiam ignoranti *l. si procurator 13. l. traditio 20. §. vlt. im. D. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* Sed præsumendus quisque est nomine suo fecisse potiùs quã alieno id quod vtroq; iure facere potuit, *l. & magis 4. D. de solut.* nisi cùm tenetur facere etiam alieno vt *in l. vlt. D. quand. ex fact. tutor.* Et is qui consulebat Imperatores in specie *d. l. quoties* proponebat non modò priori sibi traditam fuisse possessionem, sed etiam soli. Hic enim videtur sensus esse eorum verborum *cui priori possessio soli tradita est* in cõfirmationem eius quod initio posuimus. Non vtrique emptori, sed alteri tantùm fuisse in ea specie traditã rẽ venditã, Nec enim soli tradita dici posset, quæ vni esset tradita vtriusque nomine, fatendum esset acquisitam eo casu esse rem vtrique cõiũcto dominio vt in *d. l. 2. C. pro socio*, quia cùm de rei dominio quæritur, non tã cui vendita res sit quàm cui & cuius nomine tradita inspiciendum est *l. si pater 8. d. l. si ancillam 11. C. de action. empt.* Etsi non ignoro posse dici Imperatores supradictis verbis *possessionem* soli dixisse pro possessione prædij. Soli enim res dicuntur omnes, quæ sunt immobiles. Sed tamen videtur aptior esse superior interpretatio, præsertim cùm in præcedentibus dixerint *dominium rei* non *dominium prædij* vel *soli.* Expeditius namque fuisset scribere *possessio eius.* Quamuis parum referat an ponamus ei soli traditum fuisse prædiũ cui priori traditũ est, an alteri quoq; sed posteriori. Sẽper enim verum erit potiorẽ fore in dominio, siue detinendo siue vindicando eum, cui res tradita fuerit, siue soli, siue non soli, dummodo priori.

ERROR TERTIVS.

De interpretatione Cuiacij ad d. l. quoties, & ad l. si à Titio 72. D. de rei vindic.

Non

NON tamen feram vt probes cum Cuiacio vtrique emptori fuisse rem traditam, sed vni priori, alteri posteriori ex eo quòd lex cum quoque casum tractat, quo res vtrique donata sit quasi donatio includat traditionem, nec possit vtrique donata esse eadem res, quin vtrique facta sit traditio. Etenim præter id quod iam monuimus subesse mendum in verbo *donationis* & reponendum *emptionis*, vt posteà probabimus, falsum etiam est quod ille supponit donationis nomine traditionem quoque significari, cùm sit notissimum non tantùm traditione perfici olim potuisse donationem, sed etiam stipulatione *l. Papinianus 23 D. de do..at. int. vir. & vxor.* sicut hodie nudo etiam pacto, post *l. si quis argentum 35 §. vlt. C. de donat.* Sed parcendum est viro doctissimo, qui vt nouam suam interpretationem tueretur, necesse habuit minutias istas verborum sectari, & vndequaque argumenta corrogare. Noua autem eius interpretatio hæc est, vt rescriptum illud accommodetur ad eam ipsam speciem quæ tractatur dilucidiùs *in l. si à Titio 72. D. eod. tit. De rei vindic. l. 2. De except. rei vendit. l. 4. §. si à Titio 32. De doli mal. except.* De eo qui eandem rem duobus separatim non solùm vendiderit, sed etiam tradiderit, Et quidem priori emptori priùs, Posteriori verò posteriùs, sed priori eo tempore quo nondum erat dominus is, qui vendebat, Posteriori autem post adeptum eius rei dominium. In qua specie placet prudentibus eum cui priori res tradita est, quamuis à non domino potiorem esse illo cui posteriori & vendita, & tradita sit à domino. Cur verò hanc speciem conquirit Cuiacius, ex eáque interpretatur rescriptum, cùm in rescriptis verbis nihil sit ex quo possit colligi, Fuisse priori traditam rem à non domino, posteà verò dominium obuenisse venditori, subindéque post acquisitum ex nouo iure dominium alteri venditam rem & traditam fuisse? Nimirũ inquit, vt difficilius aliquid, Addamus, & à communi hominum sensu remotius, rescripsisse Imperatores videantur. Probo sanè consilio nec improbando, si non longiùs petita esset interpretatio, ac nisi verba repugnarẽt: Primùm illa *prædiũ iure distrahitur.* Non enim iure distrahitur prædium quod distrahitur à non domino qui vendendi ius nullum habet, siue bona siue mala fide distrahatur. Nullo enim iure vt vendat necesse est, quisquis distrahendi ius non habet *l. 1. & 2. C. si vendit. pignor. agat. l. si priusquàm 8. l. qui à creditore 18. C. de distract. pigno.* Item illa *in detinendo domi..io.* Nam cùm fieri nequeat vt dominium transferatur per traditionem factam à non domino, quia est in vulgari iuris regula, nemo in alium plus iuris transferre potest quàm ipse habeat. Illud quoque consequens est, vt nec in detinendo dominio potior dici possit is, qui dominium numquam habuit. Fateor æquius esse, vt cum Prætor tueatur, vt scriptum est *in d. §. si à Titio.* Sed quo iure? An data ei directa & ciuili rei vindicatione? Minimè, quia nũquã datur illa non domino. Et cùm competit, non tuitione prætoria competit, sed ipso iure, neque ex æquitate, sed ex meri iuris rigore: sed datã illi Publicianã in rem actione quæ vt diximus, Prætoria & vtilis rei vindicatio est, Nimirum si nõ ipse possideat, sed alius, siue cui posteriori eadẽ res & vẽdita sit & tradita, siue possessor quilibet. Nã si ipse possideat, quãuis exceptione dominij se defẽdere nõ possit, neq; cõtra vẽditorẽ suũ, aduersus quẽ vtilis ei futura est exceptio rei venditæ & traditę *d. l. 2. & l. 1. De except. rei vend. & trad.* Neq. cõtra tertiũ qui ab eodẽ vẽditore iã facto domino ius habere cœperit, quia verũ est dominũ eũ nõ esse, Iuuãdus tamen est exceptione in factũ de qua *in d. § si à Titio.* Ex eadẽ scilicet ęquitate quę induxit Publicianã, vt cui Prętor actionẽ dat multò magis det

exceptionē *l.1.§.is autem D.de superfic.* Sic enim argumentatur Vlpianus *in d.l. si à Titio & d.§.si quis à Titio* post Pomponium *in d. l.2.de except. rei vendit.* vt si prior emeris à Titio fundũ,cuius tùm nõ erat ille dominus,eúmq.tibi Titius tradiderit, postea verò factus dominus eundē fundum vendiderit & tradiderit Mæuio,Tueri te Prætor debeat contra Mæuium, ideò quia etsi ipse Titius fundũ hunc à te peteret,exceptione in factũ cõparata,vel doli mali summoueretur. Et, si ipse eum possideret, & Publiciana peteres aduersus excipiētē de dominio *si suus non esset*,replicatione vtereris. In factũ scilicet cõparata vel doli mali, vt per hoc intelligeret Titius,eum fundum se rursũ vendidisse, quē in bonis amplius nõ haberet. Cũ Publiciana detur eo colore quasi iã vsucapta sit ea res,quæ vendita tantùm & tradita necdũ tamen vsucapta est, *§.namque Inst. de act.* Vnde apparet *in d.l.si à Titio*,quæ eiusdē Vlpiani est,& in qua eadem ratiocinatio cõtinetur,malè positã esse virgulã post verbum *exceptionem*,quæ poni debuit post dictionem *dominij* hoc modo,*Sed etsi ipse possideret & tu peteres, aduersus exceptionem dominij,replicatione vtereris.* Exceptio enim illa dominij, quã non potest Prætor ei denegare qui à vero domino emit rémque sibi vēditã ab eodem per traditionē accepit,nõ alia est quã cuius formula *in d.§.si à Titio*, sic cõcipitur *si suus non esset* quę dominij exceptio solet obiici Publicianæ *l.pen.D.de publ. in rem act.* si non aliqua æquitas vrgeat dandæ aduersus eam exceptionē replicationis.Hinc verò sumimus fortissimũ argumentũ contra interpretationem Cuiacij,qui eam Imperatorum sententiam esse vult,vtroque emptore fundum vindicante à venditore,tam eo qui prior emit &possessionem accepit à nõ domino quàm eo qui posterior à domino emit,ab eóque sibi traditam rem accepit,Priorem esse potiorem,qui &ipse si fundùm possideret obtentu,inquit,nõ datorum instrumentorum,vel quo alio colore vindicãtem venditorem excluderet,Quasi sensus ille sit eorum verborum *obtentu non datorũ instrumentorũ expelli te possessione non patietur*.Parum acutè. Nam neque obtẽtu non datorum instrumentorum, neq;alio colore vllo indiget venditor qui rei vẽditæ dominus reperiatur eo tempore quo agit & eã dominij iure vindicat, Cùm ei mero & stricto iure cõpetat vindicatio, quã ideò necesse est,vt diximus,elidi per exceptionē rei vēditæ & traditę *d.l.1.& tot.ill.tit. De except.rei vendit.& tradit.* Idq;adeò verũ est, vt si venditor eã rem,cuius nondũ dominus erat, vendiderit tantùm non etiam tradiderit,posteáque dominus factus sit,liberum ius habeat rei vindicãdę,id est sine metu vllius exceptionis,quia neq;exceptio vlla est Rei vēditæ,nisi addas,& traditę: Vt vel ex eo intelligere liceat,quàm falsum sit quod volunt interpretes, Posse cogi venditorem præcisè ad hoc vt tradat,cùm rei tradendæ facultatē habet,quando nec repellitur à rei quã emptor possidet vindicatione,si modò rem quã vendidit,nondum tradiderit.Tametsi verũ sit eo casu teneri ipsum ad id omne quod interest emptoris ob ruptam fidem *arg.d.l.qui tibi 6.C.de hered.vendit.l.si ancillam 11.C.de act.empt.* quia ex fide bona est, vt cogatur implere vēditionē,id est dominiũ quod acquisiit transferre in emptorē *l.si quis alienã 46.D. eod.* Itaq.vel maximè ex supradictis illis verbis *obtẽtu nõ datorũ instrumẽtorũ* intelligimus cõmẽtitiã esse interpretationē Cuiacij, nec de hoc casu Imperatores cogitasse:nec de venditore qui rē à seipso venditã & traditã vindicet,sed de emptore q. vel simul cũ alio vel prior emerit possessionē;tamen rei emptæ vel nũquã vel saltē posterior acceperit. Quē si obiicias, Nullo iure posse vindicare eã rem cuius nec sit,nec fuerit vnquã dominus,Fatebor sanè, sed dicam fieri persæpe vt etiã de facto vt aiunt quis vindicet eã rem,cuius vindicãdæ ius nullũ habeat

beat: Quæ res facit vt sũmoueri debeat, & reus absolui etiãsi nullã proferat reus iustã causam possidendi *l. vlt. C. de rei vindi.* quomodo & aliàs euenit quoties de facto magis quàm de iure actio aliqua exercetur *l. nuda 5. C. de contr. & commit. stipulat.* Deniq; tractant Imperatores non an emptores defendendi sint aduersus venditorem vindicantem, aut an sint audiendi, si rẽ iis venditam & traditã vindicare velint ab ipso venditore, Sed vter emptorum præferri debeat & potior esse siue in detinendo dominio si alter ipsorum possideat, siue in vindicando si ambo concurrant in vindicatione aduersus tertium aliquem instituenda. Et vtroque casu rescribunt pro eo cui priori soli tradita res sit, vt ostendimus. Quod verò addit Cuiacius, Traditionẽ factã priori emptori à non domino posteà quæsito quandocũque dominio, perinde haberi ac si à domino facta esset *ex l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat. sit*, falsum etiam est. Ita enim fieret, vt ei qui sic emisset danda esset vindicatio ciuilis & directa, cùm tamen ex hac causa cõpetat tantùm Publiciana *d. §. si à Titio & d. l. 2. de except. rei vend.* de qua proinde secundum interpretationem Cuiacij essent intelligendi Imperatores, quos tamẽ nemo nõ videt tractare de ciuili & directa vindicatione. Nec magis eidẽ interpretationi conuenit quod idẽ vir doctissimus in hoc rescripto, *prædiũ iure distractũ* illud intelligit quod distractũ sit sine dolo malo. Ab eo scilicet, qui neq; tradendo posteriori emptori dissimulauerit se priori alij iam vẽdidisse & tradidisse, neq; falsò adfirmauerit se alij nulli vendidisse, sed ingenuè professus sit se hereditate fortassis aut quo alio iure dominũ effectũ vẽdere posteriori fundũ, quẽ cùm se falsò eius dominũ opinaretur alij iã vẽdiderat, & tradiderat. Illa. n. professio ingenua quã interuenisse fingit Cuiacius, etsi venditorẽ excusare potest à dolo erga secundum emptorem, ne decepisse illũ videatur, facere tamen nequit vt eum excuset à dolo erga primũ emptorẽ cui fuit iure obligatus vt fundũ traderet etiãsi nõdũ tradidisset vt *in d. l. si quis alienam.* Multò magis vt facta iã traditione, iterúmq; nactus rei iã traditæ possessionẽ, rursũ eã traderet ad trãsferẽdũ in emptorẽ dominium, quod superuenisset. Quamquam nõ nego quod vult Cuiacius Vẽditorem hoc casu neque stellionatus neque legis Corneliæ de falsis pœnam incurrere, cùm posteriorem emptorem non decipiat, cuius solius fauore, ac ne decipiatur, comparatæ sunt actiones illæ criminales per quas ei decepto subuenitur. Non etiam fauore primi emptoris, qui siue à vero domino emerit cùm per traditionem dominus factus sit, non potest dici deceptus qui contra secundum emptorem habiturus est vindicationem directam, siue à non domino emerit bona fide, cùm eo casu habeat Publicianam, quæ tantundem vtilitatis ei allatura est, quantum adferret ciuilis & directa rei vindicatio, siue denique à domino vendita quidem ei res sit, sed nondum tradita, quo casu neque directam vindicationem neque Publicianam habere potest, satis tamen ei esse debet, quod pro consequenda indemnitate habeat actionem ex empto in omne id quod sua interest ob fidem ruptam *d. l. qui tibi & d. l. si ancillam.* Cæterùm quomodo fieri obsecro potest, vt non sit in dolo qui ob fidem ruptam conuenitur? An forte fidem frangere quis potest sine dolo malo? Sunt etiam qui aliam huius rescripti adferunt interpretationem, putántque tractari casum illum quo venditor qui duobus prædium iure distraxit, vni quidem instrumenta quæ fortassis ab authore suo habuerat, tradiderit. Alium verò in vacuam prædij possessionem nullis ei traditis instrumentis induxerit, In qua specie volunt ab Imperatoribus rescriptum esse, Potiorem haberi debere illum ex emptoribus cui priori tradita possessio est, non eum cui instrumenta.

Digitized by Google

Sed neque explicatio hæc defendi potest. Cùm certissimi iuris sit traditionem instrumentorum ad rem venditam pertinentium æquipollere traditioni rei ipsius venditæ, saltem eo casu quo res vendita sit præsens. *Ex l. 1. C. de donat.* vbi hoc ipsum Baldus notat, Addens intellectiuam vt ipse loquitur traditionem tàtùm posse ad transferendum etiam dominium quantum corporalem, sicut ex traditione cautionis & chirographi etiam exactio debiti concessa mandatáque intelligitur. Id enim est quod etiam vulgo nostri iactitant, Eum qui habet instrumentum censeri habere mandatum *d. l. 1. l. Manius 49. in princ. D. solut. matrim. l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Ergo si ponamus ex duobus emptorib. quibus simul & in solidum idem prædium iure distractum sit vni fuisse priùs tradita rei instrumenta, alteri verò rem ipsam venditam fatendum est, tam in detinendo quàm in vindicando dominio potiorem esse debere illum, cui priori tradita sunt instrumenta, cùm per eam traditionem dominium non modò instrumentorum, sed etiam ipsius rei venditæ sit consecutus. Vereórque ne non sit satis probabilis ea Baldi distinctio & restrictio, quæ fuit primû Accursij, sed in qua Accursius non conquiescit, si res vendita ad quam instrumenta pertinet, sit præsens. Quod tamen pluribus tractabit & docebit *Faber institutor ad §. interdum Inst. de rer. diuis.* Iam enim hîc fuimus longiores, necdum tamen legis huius inchoatam explicationem, tractatúmque absoluimus, Sanè si traditio instrumentorum nulla præcesserit, non eò minùs potior erit is cui tradita probabitur possessio absq. instrumentis, etsi instrumenta postmodû alij tradita proponâtur. Nam instrumentorum traditio sufficit quidem etiam sola ad translationem dominij, sed necessaria tamen non est. Et hic haud dubiè verborum illorum sensus est *obtentu non datorum instrumentorum.*

ERROR QVARTVS.

De emendatione d. l. quoties.

VIDENT omnes quotquot ad hanc legem scribunt interpretes, sententiam Imperatorum quæ in prima rescripti parte proponitur, eam esse quam & verba ipsa sonant, vt quoties duobus eadē res in solidum vendita est à domino præferri debeat in dominij causa, & quæstione is cui priori res tradita est. Nemo tamen obseruat, cum hac sententia pugnare manifestissimè quod statim sequitur in hac ipsa lege, *Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse ac pecuniam exsoluisse apud Præsidem prouinciæ probaueris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te à possessione non sinet.* Quis enim alius verborum istorum sensus esse potest, quàm hic, vt non aliter potior esse debeat in detinendo dominio is, qui prior accepit rem per traditionem, quàm si probet se in emēdo quoq; anteriorē fuisse? Quid verò aliud hoc est quàm dicere, Non eū cui priori res tradita sit, sed qui prior emerit, potiorē esse? Accursi' vt fuit sagax certè, ac perspicax, absurditatem hanc subodoratus est. Sed quasi verba nō valde repugnarēt, attulit ille remediū adhibita interpretatione, ac verba illa *possessionē emisse* sic explicat quasi scriptum sit, *rem possessam emptam per traditionem accepisse.* Sic enim ille in verbo *possessionem.* Et subinde in verbo *emisse* id est, inquit, quasi possessionem rei emptæ accepisse. Quæ tamen interpretatio certè improbabilior est, quàm vt ferri vllomodo possit. Primùm quia possessionem

pro

pro re possessa dicere, neque prudentes, neque Imperatores vnquam solent. Scio interdum proprietatem quoque possessionis verbo significari, vt suprà notauimus *ex l. interdum* 78. *De verb. signif.* vbi ait Paulus ita responsum esse in eo, qui possessiones suas legauerat, Sed ex vsu imperitorum id fieri contendo, vt *in l. 3. §. vlt. De suppel. legat.* non ex vsu prudentum aut Imperatorum, Vt male indicam imperitè Accursius noster legit *in d. §. vlt.* pro *imperitorum*. Propriè siquidem possessio ab agro vel à prædio iuris proprietate distat, & quicquid adprehendimus cuius proprietas ad nos non pertinet hoc possessionem appellamus, Iauoleno teste *in l. quæstio est* 115. *De verb. signific.* Quis ergo credat, tam impropriè loqui Imperatores voluisse, vt tractantes de dominio & rei vindicatione possessionem dixerint pro re ipsa possessa? Quamquam video sic locutum Imp. Antoninum *in l. 2. C. de seruit. & aqua.* Nam rem aliquam cùm dicimus proprietatem potissimùm intelligimus vel solam, vel saltem cum possessione. Deinde quoniam verbum *emisse* quod statim sequitur, multò minùs explicationem illam recipere potest, vt significet corporalem rei venditæ & traditæ acceptionem. Sicut enim longè aliud est rem vendere, aliud tradere, ita & longè aliud Rem emere, & Rem accipere. Cúmq; emptio & vēditio non traditione, sed solo consensu perficiatur, Non possit quisquam ineptiùs loqui, quàm si dicat te emisse, vt significet rem quam emeris traditam tibi fuisse. Essétque multò sanè tolerabilius traditam rem dicere, vt antecedens emptio tāquam causa traditionis eo nomine significaretur, quàm dicere rem emptam ad significandam traditionem quæ scilicet vt potest sequi emptionem, ita potest etiam non sequi. Sed cùm semper iam absurda improprietas vitanda sit, tùm verò maximè cùm ea species tractatur in qua & dominium à possessione, & emptionem à traditione separari oporteat: vt in ea lege quam nunc enarramus: In qua consulti Imperatores, Vter ex duobus emptoribus eiusdem rei vtrique venditæ potior censendus esset in causa dominij, An is cui priori fuisset res vēdita, an verò ille cui priori tradita, Non potuerunt certè dominij & possessionis, itémque emptionis & traditionis nomina confundere, sine manifesta planéque reprehensibili iuris perturbatione. Proinde si verum est, vt proculdubio est, quod initio legis rescribitur, Ex duobus emptoribus potiorem illum esse cui prius res tradita sit, non qui prior emerit. Consequens erat vt subiicerent Imperatores, *Si igitur anteriore tempore te possessionem tenuisse*, [*vt in l. nemo* 11. *C. de acquir. possess. possessionē corpore teneat*,] *ac precium exsoluisse apud Præsidem prouinciæ probaueris.* Quo modo eos rescripsisse nec dubitandum est, cùm in confesso sit ita rescribere illos debuisse: facilisq; & lubricus error fuerit, vt per imperitiam librarij pro verbo tenuisse, conflatum sit *emisse*, quod non solùm nullius sensus eo loco est, sed etiam legis iurisque sententiam totam peruertit. Sensus enim alioqui ille erit, Quoties de iure dominij inter duos emptores contendatur, Non solùm potiorē nō fore illū cui priori res tradita fuerit, nisi etiā probetur eidē priori vendita, quod euidēter falsū est, sed, quod adhuc absurdius est, ad translationē & prælationem dominij duo illa sufficere, vt probet quis anteriorem se & emisse & precium exsoluisse, quamuis de secuta rei traditione nihil probetur. Nec enim aliā condicionē adscribunt Imperatores, quàm duplicem illam quæ supradictis verbis continetur, in quibus nullum penitus verbum est quod de traditione dictum vel intellectum videri possit. Cùm tamen nemo non fateatur, nec emptionem nec secutam precij solutionem sufficere ad dominium transferendum, si non traditio quoque interuenisse probetur. Id enim est quod dicimus, Tradi-

Digitized by Google

tionibus tantùm & vsucapionibus, non nudis pactis, id est non conuentionibus traditione destitutis rerum dominia transferri *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Precij autem solutio quæ ex parte emptoris etiam exigitur, non ideò exigitur, vt vicem & necessitatem traditionis suppleat, sed quia lege duodecim tabularum sic cautum nominatim fuerat, vt ad transferendum ex causa venditionis dominium non sufficeret emptionem præcessisse adeóque secutam traditionem esse, si non etiam illud concurreret, vt precium solutum esset, vel aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *D. de contr. empt. l. Paulus respondit* 38. *§. quæsitum D. de lib. caus. §. vendita. Inst. de rer. diuis.* Itaque quoties ponimus soluto precio translatum fuisse dominium in emptorem, toties ponendum est quod nec Iureconsulti vnquam prætermittunt, interuenisse traditionem, vt ex supradictis locis apparet. Neque aliud Imperatores aut rescripsisse aut sensisse credendum est. Quamuis Cuiacius vt commentitiam illam suam interpretationem quam suprà refutauimus, tueatur, verba illa *ac precium exsoluisse* sic intelligit, vt si quo casu possessio rei à non domino venditæ & traditæ redierit ad venditorem factum postea dominum, non aliter emptor, cui priori tradita res fuerat ante acquisitum venditori dominium, potior esse debeat in dominio aduersus venditorem ipsum vindicando, quàm si ei precium soluerit, vel qua alia ratione satisfecerit. Alioqui rei venditæ retentionem habeat venditor, veluti pignoris loco *ex l. Iulianus* 13. *§. offerri D. de action. empt.* Omnino malè. Nam præter ea quæ in superioribus contra interpretationem istam disputauimus, Apparet ex prioribus & immediatè præcedentibus verbis legis consultos fuisse Imperatores ab illo ex emptoribus qui potiorem se contendebat in dominio non vindicando, sed detinendo, Nec contra venditorem ipsum, sed contra alium emptorem cui priori vendita res fuerat, verùm tamen vel posteriore tempore vel numquam tradita. Nam de potiore iure eiusdem emptoris, à quo consulebantur, in vindicando dominio incipiunt dicere Imperatores in vers. *cùm etsi ex causa.* Non tam quòd de eo quoque cõsulti essent, quàm vt rescripti sui ad alium casum pertinentis rationem redderent, Optima argumentandi ratione, quòd quisquis potior esse debet, etiam in vindicando dominio cùm non possidet, idem si possideat multò magis præferri debeat in eo detinendo. Melius itaque cæteri omnes, vno excepto Cuiacio, supradicta verba sic interpretantur, vt sufficere non possit emptori qui se potiorem dicit in dominio etiam detinendo tantùm, vt probet sibi priori traditam fuisse possessionem, nisi probet etiam priorem se precium venditori exsoluisse, aut aliter eo nomine satisfecisse. In quo benè Accursius notat differre vindicationem à Publiciana, quæ vt competat, necesse non est eum qui emit bona fide à non domino soluisse precium vẽditori *l. de precio* 8. *D. de Public. in rem act.* vbi Caius scribit nihil de soluto precio in edicto Prætoris expressum fuisse, indéque posse coniecturam capi quasi nec Prætoris sententia ea sit, vt quæri oporteat an soluũ sit preciũ necne: Nulla tamẽ allata ratione cur Prætoris sẽtẽtia ea esse debuerit. Nostri vulgo illam adferunt post Iasonem ad hanc legem *numer.* 43. quòd facilius fit vt quasi dominium quod est ius minùs plenum transeat in emptorem sine solutione precij, quàm ipsum dominium quod est ius plenum. Sed parum subtiliter. Nec enim aut quasi dominium, aut quicquam aliud transit à venditore non domino in emptorẽ præter solam possessionẽ quã vẽditor habuit, Pẽdẽtq; non à venditore qui fortè dolo malo rem alienam sciens vendidit, sed ex bona emptoris fide quæ ad Publicianam omnino necessaria est, vt per eiusmodi emptionem quasi domi-

nus

nus fiat, propter causam vsucapiendi quam ei præstat, non venditor qui ipse vsucapere nullo tempore potuisset, si erat in mala fide, sed emptio ab eo facta bona fide. Proinde habet emptor non à venditore, sed à lege duodecim tabularũ quæ ius vsucapionis induxit, & à propria sua bona fide, vt Publicianam exercere possit, non iure quasi dominij, vt Iason, vulgaresque interpretes passim malè loquuntur[nullum enim verum dominium veteres prudentes agnouerunt, nisi quod esset quiritiarium, Nullum quasi dominium, nisi quod esset bonitarium, quorum neutrum habere potest is qui emit à non domino siue bona fide emerit siue mala] sed quod longè diuersum est quasi iam verè dominus per cõpletã vsucapionem constitutus, Cùm Publiciana detur eo colore quasi iam verè vsuceperit is, qui tamen reuera nondum vsucepit §. *namque* Inst. *de action.* Certissimum autem sit per vsucapionem acquiri verum dominium non quasi dominiũ haud secus ac per traditionem à domino factam *d. l. traditionibus.* Fuit enim vsucapio vnus ex modis sex transferendi iure Quiritiũ dominij, nõ minùs quàm traditio, Apud Vlp. *in fragment. tit. 19. De acquisit. rer.* Quare nec sic loqui prudẽtes nostri solẽt vt dicãt eũ qui Publicianã habet esse quasi dominũ, sed sic agere quasi iã vsuceperit, Ergo iure veri dominij nõ ficti, quãuis per fictionẽ à prætore inductã acquisiti. Exẽplo eius quod dicere solemus, Clausulã constituti fictitium quidẽ modum esse transferendæ & acquirendæ possessionis, sed tamẽ possessionem quæ per eã acquiritur, non fictam esse, sed verã, realem, naturalem, adeóque actualem, vt nostri loquuntur *ad l. quod meo 18. D. de acquir. possess.*

ERROR QVINTVS.

De differentia vindicationis & Publicianæ circa precij solutionem.

ATQVE hinc sanè petenda est vera differentiæ ratio inter Publicianam & directam ciuilémque rei vindicationem circa solutionem precij ab emptore faciendam. Cur enim requiramus in Publiciana, vt solutum sit precium venditori à quo nihil penitus iuris, si possessionem excipias, transierit in emptorem? in quem transiret vtique dominium, si venditio traditióque à domino facta esset? Quamquã posset illa ratio sufficere, quod nõ tam mera aliqua iuris ratione fit, quàm authoritate legis 12. tabul. vt per traditionem ex causa venditionis factam non aliter transferatur dominium in emptorem quàm si is precium soluerit venditori aut aliter eo nomine satisfecerit *d. §. vendita & l. 5. § pe. D. de tribut. act.* Si enim meram iuris rationem inspicias, nihil causæ est cur non debeat sufficere traditio, quæ à domino facta sit ex iusta causa *l. numquam nuda 31. De acq. rer. dom.* cùm & iure gentiũ sola traditio sufficiat à domino facta quãuis nulla interueniente iusta causa *l. qua ratione 9 § hæ quoque res eod. tit. l. 3 D. si vsusfr. pet. § per traditionem* Inst. *de rer. diuis.* At in Publiciana quam Prætor induxit, nihil tale Prætor expressit. Non debet igitur in Publiciana distinctio illa adhiberi quæ adhibetur in directa rei vindicatione circa solutionẽ precij, Quãuis introducta sit ad exẽplũ vindicationis, quæ vnica dubitãdi ratio est *ad d. l. de precio*, Quia nec in directa vindicatione adhiberetur, si nõ expressim id cautũ esset l. 12. tab. quę tamẽ de vindicatione tãtũ locuta, nõ similiter ad Publicianã trahi potuit. Qui n. verè dominus est, cùm rẽ suã vendit dignus sanè est cui succurratur, vt quamuis eam tradiderit, non ideò tamen dominus esse priùs desinat, quàm solutionem aut satisfactionem acceperit, tanquam qui id egerit, vt

rei suæ dominium cum pecunia, non cum actione permutaret. At qui rem alienam vendit, siue bona siue mala fide, cùm neque dominium, neque quasi dominium vllum habeat, quod in emptorem transferre possit, nō habet quod conqueratur, etiā si emptori bonæ fidei Publicianā demus nullo soluto precio, licèt possessionem transtulerit per traditionem, quia neque fieri potest vt non transferatur possessio per traditionem, quæ ipsa nihil nisi possessionis translatio est, neque vt ad possessionem acquirendā necessaria sit solutio precij, quoniam precium non possessionis est, sed dominij, de quo transferendo semper agi & cogitari oportet, cùm venditio contrahitur, tametsi venditor necesse non habeat rē vēditā emptoris facere nisi cùm ipse dominus est *l. si ita distrahatur 25. §. t. l. pen. §. vlt. D. de contr. empt. l. ex empto 11. §. & imprimis D. de act. empt.* Ex qua ratione illud etiam intelligimus verba illa rescripti nostri *te possessionem emisse*, nō sic posse accipi quasi traditionem ac translationem & acquisitionem possessionis includant, Non solùm quòd aliud sit rem aliquam emere, Aliud verò rei possessionē accipere, vt iā diximus, sed etiā quia nō idē est, Rē emere & emere possessionem, cùm aliud sit precium rei, aliud possessionis *l. 3. §. vlt.* iunct. *l. 1. §. est igitur. D. vti possid.* Cùm igitur nullus satis commodus eorum verborum sensus excogitari possit, non video cur non admittenda potiùs sit nostra emendatio, Cuius & coniecturam illud præbet, quòd in quibusdam editionibus deest dictio *te* qua tamen sublata, necessariò in sequentibus legendum esset *probaberis* non *probaueris*: etsi parum refert vtro modo legas, dum aliquid sit ex quo possit colligi traditam rem fuisse. Alioqui eundum tibi erit in sententiam Pauli Castrensis, qui hoc ipsum supplendum esse ait, Quod tamen multò improbabilius fuerit. Ita enim facies Imperatores duplicis amētiæ reos, Vnius, in eo quòd omiserint id exprimere, quod maximè exprimendum erat, & in facti quæstione positum, Alterius autem in eo quòd non solùm contrà expresserint rem prorsus necessariam circa prioritatem, vt ita dixerim tituli emptionis, sed etiā expresserint per modum condicionis in hæc verba *si igitur antecedente tempore te possessionē emisse, ac precium exsoluisse apud Præsidem prouinciæ probaueris.* Qua loquendi formula negari non potest, quin hoc significetur, etiam admissa Pauli Castrensis suppletione, vt is quoque cui res tradita est priori ex causa emptionis, nō aliter tamē potior esse debeat in detinēdo dominio, quàm si probet se & anteriore tēpore emisse, & anteriore tēpore preciū exsoluisse. Quæ tamē interpretatio nō modò ineptā facit legis sententiā, verùm etiā falsā. Nemo. n. vnquam dixit, Ei qui prior fuerit in traditione, necessarium esse ad obtinendum detinendúmve iure prælationis dominium, vt in titulo quoque emptionis præuenerit. Tantum abest, vt necessarium ei sit in precij quoque solutione præuenisse. Solutio enim precij nihil confert ad translationem dominij, nisi tanquam condicio sine qua dominiū non transferretur. Traditio illa est quę totum facit, dummodo iustam habeat causam. *d. l. numquam nuda 31. l. traditio 20. in princi. & §. vlt. De acquir. rer. domin.* Non ergo suppletione tantùm opus est, vt quod ab Imperatoribus exprimi necessariò debuit pro expresso habeatur, sed etiam deletione, vt quod ab iisdem perperam & contra iuris rationem expressum est, reiiciatur. Nam vbi tertium illud de traditione priùs facta suppleueris, de qua nullum in eo versiculo verbum, nondum tamen Imperatores ab iniuria & nimiæ imperitiæ nota vindicaueris, nisi tollas vel immutes præcedentia, quibus exigitur necessitas probandi, quòd is qui potior esse vult in detinendo dominio fuerit prior, non solùm in accipienda possessione, sed etiam in emendare

soluen-

solvendóq; precio. Quæ tamen duo sicuti nõ sufficiunt quomodo Castrẽsis loquitur nisi cõcurrat anterioritas quoq; traditionis. Ita nec sunt necessaria ei quẽ ponimus rem sibi traditã priorẽ accepisse. Multò minùs autem ferre illud possum quod Iason Castrensem reprehendens vt subtilior fuisse videatur, legẽ cōmodè sic intelligi posse vult, vt nihil de probanda traditionis anterioritate supplendũ sit. Admittit quidẽ supplendũ aliquid esse de anterioritate traditionis, fatetúrq; ex iis solis verbis *possessionẽ emisse* nõ posse probari factã esse traditionẽ, nisi iuncta suppletione glossæ. Sed admissa ea suppletione concludit nihil aliud supplendũ esse circa probandã traditionis anterioritatẽ, Quasi sufficiat eã allegari ab emptore qui probat se priorẽ & emisse & precium exsoluisse, vt ex duobus illis probatis, etiã tertiũ præsumatur. Quo certè improbabilius dici nihil potest. Quænã.n. obsecro siue theoria, siue praxis ista est, vt qui ad obtinendã litis victoriam nihil aliud habet probandũ nisi quòd priori ei res à domino tradita sit, quódq; preciũ siue prior, siue posterior soluerit, & cui nihil prodesse debeat etiãsi per mille testes probet se priorẽ emisse, cõtrà iubeatur probare se priorẽ emisse, preciúmq; exsoluisse, vt quod vnũ necessariò ac concludenter de traditione & anterioritate traditionis probandũ fuit, per iuris præsumptionem probasse existimetur? Fateor posse interdũ cõtingere, vt bene probata traditione quæ vtriq; emptori eâdem die adeóq; si voles, eâdẽ hora facta sit, minùs tamen plenè probatũ sit cui priori, siue quòd minùs diligenter de eo interrogati testes fuerint, siue quòd interrogati subobscuriùs de eo testificati sint, siue deniq; quòd pari numero paríq; fide, quod interdũ euenit, pugnãtia hac de re testimonia proferantur. Eóq; casu non negabo quod Didacus Couarr. concludit *lib. 2. var. resolut. c. 19.* præsumendum esse pro eo qui prior & emerit & soluerit. Aut si alius prior emisse, alius prior soluisse probetur, pro eo qui preciũ prior soluerit, vt ex eo quod iure fieri debuit, facti cõiectura sumatur. Sed hoc cõtẽdo numquam præsumendã esse traditionem sed semper probandã quia semper est facti *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios.* Alioqui paullatim eò descendemus vt solam precij solutionem probari sufficiat, cùm facilius sit ex solutione precij præsumatur venditio in necessariũ antecedens, quia nec preciũ sine emptione esse potest nec emptio sine precio *l. pacta conuenta 72. iunct. l. 1. D. de contr. empt. l. 1. D. de rer. permut.* quàm vt ex probatione & factæ venditionis & soluti precij præsumamus secutã esse traditionem, quã sequi ad constituendã & perficiendã emptionem necesse nõ est, sed tantũ ad dominij acquisitionem. Posito siquidem cõsequenti ponitur necessariũ antecedens. Sed nõ similiter posito antecedenti ponitur cõsequens quod nõ est necessariũ, id est quod non necessariò sequitur ex positione sui antecedentis. Etsi autem traditio semper probanda est vt diximus, tùm verò maximè cùm vterq; emptor dicit traditã sibi rem fuisse ab eodẽ venditore, vt in specie legis nostræ, quia traditio quæ probatur alij quoque emptori facta, præsumptionem omnem excludit, quod alteri facta sit, nec si alter ille qui sibi factam esse præsumi vult, in possessione inueniatur, quia nec fieri potest, vt qui rem aliquam vni iam tradidit, eam iterũ alij tradat nisi ponas reuersam ad eum fuisse possessionem quod sicut facilè contingere non potest, ita nec facilè præsumi. Alioqui si sufficiat esse in possessione emptorem, vt præsumatur ei res tradita, nil esset necesse cum Ias. ne suppletionem illã glossæ requirere in verbis illis *possessionem emisse* cùm sequentia *expelli se à possessione non patietur.* multò aperti ùs probent possessorem fuisse illum, qui Imperatores consulebat. Quomodo enim à possessione expelli posset is, qui nõ possideret? At neque su-

pradicta verba *si igitur antecedente tempore te possessionem emisse*, conueniunt ei quod superiore capite diximus & probauimus, tractari ab Imperatoribus eam speciem, in qua idem prædium simul & in solidum duobus distractum fuerit. Quo casu cùm facti sint veluti duo correi emendi, non potest alter alterum præuenisse in titulo emptionis, sed tantùm in traditione, & in precij solutione: quorum alterum sicut ad acquisitionem dominij necessarium est, ita posterius, nec exigitur nec quicquam prodest. Non enim curandum est vter prior precium soluerit dummodò is cui priori res tradita est precium soluerit antequàm alij res traderetur, Ne dici possit traditionem posteriorem ab eo factam esse, qui tùm adhuc dominus fuerit. Et in hoc rursum alius interpretum nostrorum error est quòd verba illa *si igitur antecedente tempore* non ad id coarctant quod statim sequitur *possessionem emisse* aut potiùs vt legendum contendimus *possessionem tenuisse*, sed ad id quoque extendunt quod posteà subiicitur *ac precium exsoluisse* quasi nō minùs probādum habeat is qui in detinendo dominio dicit se potiorem, quòd prior precium exsoluerit quàm quòd prior emerit, Quod planè ridiculum est. Neutram enim anterioritatem probari oportet, neque emptionis, neq; solutionis, sed tantùm traditionis, Nisi quòd nihil tibi prodesset accepisse rem priore loco, si tamdiu cessasses in solutione precij vt interim alij quoque traditio eiusdem rei facta esset. Is enim cui posteriori tradita res probabitur in dominio potior erit, si prior precium soluerit, quia vt præferatur nihil aliud exigimus, nisi vt posterioris traditionis tempore dominus adhuc fuerit is qui tradidit, ideóque dominium transferre in alium potuerit & transtulerit, Quod euenit quoties prior soluit precium is cui posteriori tradita res fuit. Cæterùm si ponas priorem emptorem priùs soluisse precium, & tamen ei posteriori fuisse rem traditam, non eo minùs vincet is cui priori tradita res fuerit, quòd posterior soluerit precium si modò soluerit ante traditionem priori emptori factam. Itaque verba illa *& precium exsoluisse* non ad anterioritatem facti referenda sunt, sed tantùm ad factum ipsum, Vt intelligamus nil profuturam traditionis anterioritatem si non precij quoque solutio secuta sit, sed nihil referre quo tempore solutio facta sit, id est vtrum ante solutionem, ab alio emptore factam, dummodo priùs quàm alteri emptori traditio facta proponatur: Fefellerunt autem Accursium proculdubiò hæc ipsa verba quæ nos emendamus *si igitur antecedente tempore te possessionem emisse*, vt dixerit consultos fuisse Imperatores de eadem re pluribus vendita separatim & diuersis contractibus. Cùm tamen ostenderimus fuisse in hac specie venditum duobus prædium simul & eodem contractu, ideóque addita esse verba illa *in solidum* quæ & non sine misterio addita fatetur Iason, & nos probauimus addi non debuisse, si de eiusdem rei venditione pluribus separatim facta Imperatores sensissent.

ERROR SEXTVS.

Alia emendatio in postremis verbis d. l. quoties, Et ad versic. Erit sanè.

SED

SED nondum absoluta legis emendatio est. Versiculus enim ille qui sequitur *erit sanè in arbitrio tuo, precium, quod dedisti cum vsuris recipere, ita tamen vt perceptorum fructuum & sumptuum ratio habeatur,* totus parenthesi concludendus vt quę sequuntur *cùm etsi ex causa* vsque ad finem legis cum secunda rescripti clausula coniungi possint. Continent enim rationem qua probant Imperatores, Eum cui priori traditio facta est rei venditæ potiorem esse in detinendo dominio si possessor inueniatur eo tempore quo cõuenitur rei vindicatione ab alio emptore, Quia etiamsi ex causa eius emptionis ambo rem vindicarent siue à venditore ipso, siue ab extraneo quolibet possessore, eum cui priori possessio soli tradita esset, potiorem haberi oporteret. Supponit autem hæc ratio id de quo nullus dubitat, Eum qui etiamsi nõ possideret potior esse deberet, multò magis futurũ si possideat potiorem. Monui autem in præcedentibus subesse aliud mendum in iis verbis *cùm etsi ex causa donationis vtrique dominium rei vindicetis* & pro *donationis* legendum esse *emptionis*, aut quomodo librarius Florẽtinus scribere solet detracta litera *p emtionis*. Quod enim lex ait *vtrique dominium rei vindicetis*, ostendit non variarĩ speciem ab Imperatoribus, sed eam ipsam retineri, de qua in priore rescripti parte responderant de duobus emptoribus, qui simul & in solidum emerant, & quorum tamen alteri soli tradita priùs fuerat possessio, ac proinde in solidum, quæ vtrique simul tradi nisi pro parte non potuisset. Porrò non poterant vindicare rem ex causa donationis ij quibus non donata sed vendita res proponebatur, Nec illud rursus fieri, vt donationis causa cũ causa emptionis ad rei vindicationem concurreret, Cùm id quod ex vna causa iam meum est, ex altera magis meum fieri non possit *l. non vt ex pluribus 91. De reg. iur. §. sic itaque Inst. de action.* Nihil ergo est, quod de causa donationis in proposito casu tractare possis, nisi speciem prorsus mutes, mutatis quoque legis verbis quæ iuxta hanc hypothesim sic concipi debuerãt *cùm etsi ex causa donationis duo rei dominium vindicarent*, vt appareret transire Imperatores à specie proposita de pluribus eiusdem rei emptoribus, ad aliam speciẽ de pluribus eiusdem rei donatariis. Aut saltem ita *cùm etsi ex causa donationis vtrique dominium rei vindicaretis* nõ quomodo scriptum est *vindicetis*, quo verbo eandem speciem retineri manifestiùs est, easdem personas, eandémque non modò actionem sed etiam actionis causam. Hac sola differentia quòd priore rescripti parte de eo agitur qui rem sibi priori traditã possidebat, In posteriore verò is tractatur casus quo neuter possideat sed vterque vindicet aduersus tertium possessorem: Quod non satis obseruatum ab eo qui pro *emptionis* primus reposuit *donationis* errori causam prębere facilè potuit, cùm is putaret hunc ipsum posteriorem casum priore legis parte contineri, & de donatione tractandum potiùs fuisse in secunda rescripti parte vt nouum aliquid & à præcedente sententia diuersum rescriberetur. Me illud etiã præcipuè mouet, quòd non bene hac parte comparatur venditioni donatio. Non quia verum non sit ex pluribus donatariis quibus singulis eadem res donata diuerso tempore tradita sit, is præferri in dominio siue detinendo, siue vindicando nõ debeat, cui prius tradita est, quemadmodum in pluribus emptoribus qui separatim contraxissent, contingeret, quod vnum interpretes nostri intuentur, sed quia quod initium legis ponit idem prædium duobus simul & in solidum iure distractum fuisse, non posset poni similiter in re duob. simul & in solidũ donata si de ea donatione intelligas, quæ per traditionẽ sit perfecta, quoniã fieri nequit vt eadẽ manu eadẽ res duobus simul & in solidũ tradatur, Non magis quàm vt duo fiant eiusdem rei in solidum possessores

Digitized by Google

l.3.§.ex contrario D.de acquir.poss. l.duo in solidum 19.D.de precar. Proinde fatendum esset vel falsum esse quod Imperatores de donatione rescribunt, vel ad eam donationis speciem restringi debere, quæ fieret per stipulationem, Quæ ipsa tamen minùs propriè donatio est, dicique potiùs debet stipulatio donationis causa, quàm donatio *l.si ita fuero stipulatus 6.§.1.& l.seq.D.de nouat.* Postremò, ne quid quod ad legis sententiã plenè explicandã omisisse videamur, illud adnotandũ superest, malè nostros eosdem interpretes sic intelligere versic. illũ *erit sanè* quem parenthesi concludendũ esse monuimus, quasi sensus sit, Emptorem cui priùs fuit res tradita quamuis possit alium emptorẽ agentem repellere, atq; ita se ab euictione tueri, si tamen se non tueatur, rémq; euinci patiatur, nihilominus habere regressum euictionis nomine aduersus venditorem. Nã imò verò sensus versiculi huius est, Esse in arbitrio illius ex emptorib. cui priori res tradita est, si ab alio emptore per directam rei vindicationem conueniatur, qui prior quidem emerit sed vel numquam vel non nisi posteriore loco possessionem rei emptæ acceperit, Vtrum velit agentem illum non exceptione quàm iure dominij repellere, cùm vindicationẽ non alius exercere iure possit quàm qui sit dominus vel gentium iure vel ciuili *l.vlt. Cod.eod.l.in rem 23.D.eod.* An potiùs recipere ab eo precium cum vsuris, perceptorum tamen fructuũ & sumptuum habita ratione, Nempe quia permittitur ei de iure suo remittere, si velit, fortè si emptionis eum pœniteat, malitque precium à se solutum cum vsuris recuperare. De iure verò actionis de euictione nihil tota hac lege tractant Imperatores, Nec sanè de ea tractandi materia subest, cùm alia certiore ac expeditiore via possit is cui priùs tradita res est, idémque possessor sibi consulere per retentionem. Quam si fortè omittat prudens & sciens eo proposito vt postea contra venditorem suum agat de euictione quod alij emptori magis quàm vẽditori gratificari velit, non puto audiri eum debere, cùm nulla cogente necessitate id fecerit, quomodo argumentatur Paulus *in l.si dictum 56. §.si compromisero D.de euict.* Sibíque debeat imputare cur vindicantem emptorem non summouerit, quem summouere iure potuit nulla etiam exceptione opposita, & *per non ius actoris*, vt pragmatici loquuntur. Agit enim nullo iure adeóque sine actione quisquis eam rem vindicat cuius non est dominus. Nam & idem obtinet in emptore qui vindicantem dominum potuit summouere præscriptione longi temporis, vt nullum habere possit regressum contra venditorem si eam exceptionem omiserit *l.si obligata 19.C.de euict.l.qui alienam 54.in princ. D.eod. l.2. C.de reb.alien.non alienand.* Nec est quod cũ interpretibus replices nõ posse culpã hanc emptori obiici à vẽditore, qui ipse facti causam præbuit cùm ab eo quoque alius emptor causam habuerit. Etsi enim facti causam præbuit qui duobus separatim vendidit, non tamen præbuit causam culpæ, quæ proinde tota emptoris est, nec vnica & simplex sed duplex, quòd cùm vel summouere vindicantem posset, vel si hoc maluisset precium à se solutum cum vsuris recipere, neutro tamen iure vti voluit sed potiùs rem amittere vt venditorem sibi de euictione obligaret. Quid quod nec culpa vlla venditoris est, qui duobus eandem rem vendidit si modò duobus simul & in solidum vendiderit. Qui casus tamẽ ille est quem vnum hac lege tractari ex primis ipsius legis verbis probauimus. Si ergo eam rem duobus ita venditam non vtrique tradiderit, sed alteri tantùm qui tamen sibi à correo emptionis aufferri eam posteà & euinci patiatur, quid est obsecro quod venditori huic possis imputare, vt actionem de euictione suscipere compellatur? Atquit, inquies, Is qui duobus

eandem

eandem rem in solidum vendidit, effugere non potest quominus alterutri de euictione teneatur, Et consequenter nihil ipsius interest an huic potiùs quàm illi. Verùm præter id quod facilè fieri potest vt ex personarum & locorum varietate pluris intersit vnius quàm alterius, Nego venditorem omnimodo teneri alterutri de euictione: Nam ei tantùm teneri potest cui res tradita est, aut cui habetur pro tradita *l.si rem 62.in princip.D.de euict.* Obligationem enim de euictione non venditio parit sed euictio, quæ porrò nulla sequi vnquam potest, nisi præcedente traditione. Atqui tractamus de eo venditore, qui duobus quidem simul & in solidum eandem rem vendiderit, sed qui tamen vni tantùm eam tradiderit, eique soli vt ex huius legis fine apparet. Nulla igitur ratio est vt ei teneatur de euictione cui tradiderat si rem sibi traditam vltro ille passus sit euinci ab altero emptore qui etiamsi succubuisset, nullum tamen de euictione regressum aduersus eum habiturus fuisset. Qua de causa obseruandum est, versiculum illum quem nunc interpretamur adhibitum esse ad primam rescripti partem, quæ de emptore erat rem duobus venditam, eique soli traditam possidente, Non ad posteriorem quæ ad eum casum pertinet quo neuter ex emptoribus possideat ne is quidem cui res tradita fuerat à venditore. Cùm tamen nec is casus fuerit prætermittendus si de actione ex empto & de euictione Imperatores sensissent, ac non potiùs de recipiendo precio à correo emptionis, à quo sanè nihil est quod recipere possit is cui priori tradita res fuit, si non possideat, sed tertius quidam à quo vterque emptor rem vindicet. Qui casus est quem tractari diximus in posteriore rescripti parte, & cui tamen nõ possis aptare verba illa *ita vt perceptorum fructuum ac sumptuum ratio habeatur.* Quos enim fructus percipere aut sumptus facere potest is, qui non possidet? Scrupulus ille vnus tollendus superest quem nemo attingit, & qui oculatiores tantùm torquere potest in illis verbis *apud Præsidem prouinciæ probaueris.* Cùm non solerent olim Præsides prouinciarum de facto cognoscere, aut pronunciare sed iudicem in eam rem dare *l.2.C.de ordin.iudic.* quod à nobis pluribus explicatum est in emendatione *l.1.eodem ill.ti.lib. Coniectur.* Sed facilè tolletur scrupulus si quis attendat & obseruet legem hanc esse Imperatorum Diocletiani & Maximiani à quibus ius illud vetus iam immutatum fuerat & constitutum, vt de quibus causis antea Præsides, Prætores cæterique magistratus dare iudices solebant de iis in posterum ipsi per se cognoscere ac pronunciare cogerentur *l.2. C. de pedan. iudic.* quam idcirco fatendum est anteriorem fuisse hoc rescripto quod nunc interpretati sumus, Nec infeliciter vt nobis videmur.

ERROR SEPTIMVS.

Si eadem res pluribus vendita & tradita sit, siue ab eodem non domino, siue à diuersis non dominis, Et de emendatione l.si ea res 31. §.vlt. D.de action.empt.

CVM ad exemplum ciuilis directæque vindicationis Publiciana introducta sit à Prætore, mirum non est in tractatu de Publiciana in rem actione eandem quæstionẽ occurrere quæ à nobis tractata est superiore Decade in directa rei vindicatione, Ex pluribus emptoribus qui aut ab eodem non domino, aut à diuersis non dominis eandem rem

emerunt, eiúsque possessionem per traditionem acceperunt, Vter præferri debeat, An qui prior emit, An qui prior possessionem accepit. Sed illud magis mirum est quod prudentibus placuit aliter in Publiciana, aliter verò in rei vindicatione directa obseruari, quódque nec prudentes ipsi satis in eo consensisse videantur. Nam in directa & ciuili quidem vindicatione id obtinet quod diximus ex *l. quoties 15. Cod. de rei vindic.* vt etiam qui posterior emit siue soli ei siue priori possessio à domino tradita sit, potior omnimodo esse debeat in dominio siue detinendo, siue vindicando si modò precium soluerit, quamuis posterior, dum antè quàm priori emptori res traderetur, vt præcedētib. explicauimus. At in Publiciana, Vlpianus noster eandem quæstionem tractans *in l. siue autem 9. §. si duobus D. de public. in rem act.* Si duobus quis separatim vendiderit bona fide rem alienam ementibus, quis magis Publiciana vti possit, Vtrum is cui priori res tradita est, an is qui prior tantùm emit, Distinctionem adhibet ex Iuliano, Vt siquidem ab eodem nō domino emerint, potior sit is cui priori res tradita est, Sed si à diuersis nō dominis melior causa sit possidentis, quàm petētis. Eámque sententiam veram esse ait. Ac sanè prior pars distinctionis non obscuram habet rationem. Cùm enim vterque emit ab eodem non domino, neuter potest dicere plus iuris se habere quàm si à domino vterque emisset, imò verò contendit quisque hoc casu tantundem se iuris habere, quantum haberet si à domino facta venditio esset. Arqui eo casu potior esset haud dubiè non is qui prior à domino emisset, sed qui prior traditam ab eo rei possessionem accepisset. Ergo & in hoc casu quem tractamus cùm ambo ab eodem non domino emerunt, potiorem illum esse conuenit qui probet priori sibi traditam rem fuisse. Sed quod ad posteriorem distinctionis partem difficilius videtur rationem reddere cur non æquè potior esse debeat ille cui priori res tradita est à suo vendirore, cùm hoc etiam casu cætera omnia sint paria, cæterisque paribus videatur præferendus ille qui prior possessionem nactus est. Siquidem ex eo die licèt dominus per traditionem factus non sit, cœpit tamen ius habere vendi Publiciana quæ non tam ex emptionis titulo, quàm ex traditione secuta æstimatur *l. 1. 2. & pass. eod. tit.* Tanquam quæ non nisi eo colore datur quasi iam vsuceperit is qui nondum tamen re vera vsucepit *§. namque Instit. de action.* Vsucapio enim sine possessione procedere non potest, & quidem quæ à venditore ipso tradita sit vel pro tradita saltem haberi debeat *l. sine possessione 25. D. de vsucap.* iunct. *l. si rem 62. in princip. D. de euict.* Atque ita sensisse videtur Neratius *in l. si ea res 31. §. vltim. D. de action. empt.* vbi tractat ille hanc ipsam quæstionem de duobus qui eandem rem emerint à non domino bona fide & quibus vtrisque tradita sit: Et ait, Siue ab eodem emerint, siue ab alio atque alio, Eum tuendum esse qui prior ius eius adprehendit, hoc est, inquit cui primùm res tradita est. Ergo non eum qui possideat, quandoquidem fieri potest, & verò fit plerumque vt is possideat non cui priori, sed cui posteriori res tradita est, cùm necesse sit possessionem priori traditam subinde ab eo amissam fuisse & ad venditorem siue eundem siue alium reuersam esse vt iterum tradi alij potuerit. Interpretes nostri dissensionem hanc quæ tam aperta, & obuia est satis vident. Sed eius cōciliandæ rationē hanc inueniunt, vt dicant, Multū referre an qui à diuersis non dominis emerunt, témque singuli per traditionem acceperunt, Publiciana vtatur contra extraneum, an inter se. Vt priore casu Neratij sententia obtineat, potiórque sit is cui priori res tradita est, licèt posterior emerit, Posteriore verò sequēda sit Iuliani & Vlpiani distinctio, quæ hoc casu meliorē indistinctè facit
causam

causam possidentis quàm petentis. Vereor tamen ne cõciliatio hæc neq; verbis Iurecconsultorũ satis conueniat, neque iuris rationi. Etsi.n. Vlpianus ex Iuliano eum casum apertè tractat, quo emptores Publicianã inuicẽ exerceant, cùm ait meliorẽ esse causam possidẽtis quàm petentis. Neratius tamẽ generaliùs loquitur, & omni casu præferri vult eum, cui priori res tradita est, nulla possessionis præsentis habita ratione. Si verò rationẽ iuris cõsulimus, difficile est dicere cur non in concursu duorũ emptorũ vincere aduersariũ debeat is, qui tertiũ & extraneũ superaret, aliiq; emptori in mouenda cõtra extraneũ Publiciana præferretur. Nã & in specie *d.l. quoties*, sic Imperatores argumẽtãtur vt qui ex duobus emptoribus possidet rẽ sibi priori traditã potior sit correo emptionis in detinẽdo dominio, si ab eo vindicatione conueniatur, quia & potior esset, si neutro possidẽte vtriq; rẽ ab extraneo vindicarent. Sed & in eo Neratij respõso multa video satis obscura, quæ tamen quomodo accipienda sint, nemo explicat: Illud imprimis, quod ita scribit *cùm emptio venditióq; sine dolo malo fieret*. Cùm enim illũ quoq; casum tractet Neratius quo plures eandẽ rem emerint ab eodẽ non domino, qui fieri obsecro potest, vt sine dolo malo vẽditoris facta sit duobus eiusdẽ rei vẽditio? Fateor posse facilè contingere vt vtraq; emptio fiat bona fide, ac sine dolo malo, vtroq; emptore putãte se à domino emere, & posteriore vẽditionẽ priori factam ignorante. Sed vt idem venditor eandẽ rẽ bona fide vendat duobus separatim, nego fieri vllomodo posse. Et ideò rectè Vlpianus *in d. §. si duobus*, non sic loquitur *si duobus quis separatim vendiderit bona fide*, sed addidit *bona fide ementibus*, vt significet emptionẽ à pluribus fieri eiusdẽ rei posse bona fide: at venditionẽ ab eodẽ non posse. Neq; illã Cuiacij interpretationem probare possum quæ suprà iam à nobis cõfutata est, vt posterior quoq; venditio bona fide facta dici possit, si venditor ingenuè admoneat posteriorẽ emptorem de priore vẽditione, cùm non possit deceptũ se dicere qui certioratus fuit. Nam præter id quod vix est vt reperiri possit quisquam venditor tã perfractæ frontis quem non pudeat tantæ ingenuitatis, cùm etiãsi prioris venditionis tẽpore non habuisset dominium quod postea sibi acquisitũ esse contendat [falsò tamẽ siue per imprudentiã & errorẽ facti, siue per mendacium & impudentiam,] priorem tamen venditionem implere ex bona fide deberet *l. si quis alienam 46. D. de action. empt.* Potest quidem ea professio ingenua purgare venditorem de dolo malo erga posteriorem emptorem sed non facere quin sit in dolo malo venditor qui fidem priori emptori datam frangit *l. qui tibi 6. C. de hered. vel act. vendit. l. si ancillam 11. Cod. de action. empt.* Deinde difficilis explicationis illud est, quod ait Neratius, Eã rem re siue ab eodem non domino, siue ab alio atque alio vendita pluribus & tradita ex emptoribus tuendum esse *qui prior ius eius adprehendit*. Nec enim fieri potest vt ius vllum rei adprehendat emptor si nullum ius in ea re venditor habuit, quamuis in huius ipsius loci interpretatione contra sensisse videatur Didac. *libr. 2. var. resolut. cap. 18. numer. 8.* Solámque possessionem quam habet venditor transferre in emptorem potest. Quam tamen possessionem nemo possit rectè ius dicere, Non ob id solùm quòd facti magis illa sit, quàm iuris *l. denique 19. D. ex quib. caus. maior. l. 1. §. si vir vxori D. de acquirend. possess.* Sed etiam, quòd facilè fieri queat, vt non sit iusta, fortè si is qui bona fide rem emerat quam eo tempore putabat esse venditoris, postea rescierit esse alienam tempore secutæ traditionis. Quam ob causam solemus dicere non posse ex causa emptionis sequi vsucapionem nisi emptor habeat bonã fidem vtroq; tẽpore & contractus & traditionis *l. si aliena 10. l. si existimãs 48.*

D. de vsucap. Cui sententiæ consequens est, vt nec Publiciana cõpetere alij possit, quàm ei qui vtroque illo tempore bonam fidem habuit cùm detur illa solo prætextu & colore vsucapionis cõpletę, nec proinde alio casu, quàm quo posset sequi vsucapio *d. l. siue autem §. hac actio De publ. in rem action.* Debuit ergo Neratius scribere, Ex pluribus emptoribus tuendũ eum esse, non qui prior ius rei adprehenderit, sed *qui prior iustius adprehenderit*, scilicet rei possessionem. Adprehendendi enim verbum cùm facti non iuris sit, non ad ius aptari potest sed ad factũ omnino referendum est, hoc est ad possessionem, vt & *in l. si debitor* 10. *D. de pign. l. sed etsi 7. §. vlt. aliàs l. traditionem D. de public. in rem act.* quæ vt diximus tota facti est, non iuris. Nam quod dici solet possessionem esse etiam iuris & plurimùm ex iure mutuari *l. possessio 49. in princ. & §. 1. D. de acqu. poss.* non ad quãlibet possessionẽ pertinet sed ad eam tãtùm quæ sit iusta, puta quæ possit ad vsucapionem prodesse, aut ad interdicta, aliósq; huiusmodi effectus qui sint ex iure vel ciuili, vel prætorio. Distinctionẽ igitur à Neratio, itémq; à Iuliano & Vlpiano adhiberi oportuit. Vter ex emptoribus non modò prior sed etiam iustiùs adprehenderit possessionem rei pluribus venditæ siue ab eodem non domino, siue à diuersis non dominis, vt is demùm præferatur. Et sanè mouent me supradictæ rationes, mouerúntq; iampridem vt errarũ esse putem apud Neratium in illis verbis *qui prior ius eius adprehendit* & pro *ius eius* legẽdum esse *iustius* qui facilis vt nemo non videt, ac lubricus error fuit. Quo admisso non potest defendi ea quæ sequitur interpretatio *hoc est cui primùm tradita est.* Non enim vtique iustiùs adprehendit possessionem is qui eam prior adprehendit, sed is demum qui adprehendit bona fide. Cùm fieri possit vt is qui prior adprehẽdit etiam per traditionem sibi à venditore factam mala tamen fide adprehenderit, iam resciens esse rem alienam. Quod cùm euenit, ea ipsa æquitas quæ Publicianam induxit, certè facit vt siue contra extraneum, siue inuicem agant, potioris esse debeat non qui prior sed qui iustiùs quamuis posterior possessionem adprehendit; Multò magis ille qui & prior & iustè si vterque æquè iustè. Sed quid si vterque quidem bona fide, sed alter tamen iustius altero? fortè quod alter possessionem adprehenderit aut vi aut clàm, aut etiam precario. Etsi enim precariæ quoq; possessiones iustæ sunt, tamen ad inducendã publicianam inutiles sunt *l. quæcumque 13. in princip. D. de public. in rem act.* Hoc quoque casu dicam cum Neratio præferendum eum qui iustiùs adprehenderit, & sine vicio. Vicia enim ista sunt possessionis si quis vi aut clam possideat, quamuis possint etiam in possessione rei propriæ interuenire ac citra scientiam rei alienæ. Nec eo minùs tamen sunt iniustæ, quòd bonam fidem non excludant, Ideóque nec prodesse quicquam possunt ad Publicianam. Neque contrarium est, quod dici solet, Viciosam quoque possessionem aduersus extraneos prodesse *l. vlt. D. de acquir. poss.* Extraneos enim debemus intelligere non eos omnes qui non sint domini, sed eos demum qui nullum ius habeant agendi. Quomodo habet quisquis à non domino emit, rémque per traditionem accepit bona fide, perinde acsi à domino emisset possessionémq; accepisset nisi quòd pro directa rei vindicatione cogitur esse contentus Publiciana. Nullóne igitur casu locum habere poterit sententia illa Iuliani, quam veram esse ait Vlpianus, Vt si duo à diuersis non dominis emerint, melior causa sit possidentis quàm petentis? Nullo penitus, vt ego quidem existimo, nisi eo solo quo is qui possidet, idem prior iustiùs quoq; adprehenderit possessionẽ: Quo casu melior sanè causa ipsius erit, at non tam ob id quod possideat, quàm quia & prior & iustius possessionem adprehen-

prehendit: Nam etsi non possideret, Publicianam tamen ex ea causa aduersus alium emptorem quamuis possidentem habere deberet. Itaque in Cuiacij nostri sententiam libenter eo, qui prudentes veteres in hac quæstione dissensisse putat: Sed cùm ille cæterique interpretes magis probent id quod Iuliano & Vlpiano visum est, ego contrà illud magis, quod placuit Neratio: Nec tantùm in ea specie in qua Cuiacius admittit dissensionem cùm emptores à diuersis non dominis emerunt, sed etiam, quod nemo obseruat, in alia, cùm ab eodem non domino. Iulianus enim & Vlpianus voluerunt præferri omnimodo eum cui priori res tradita sit, Ego autem cum Neratio eum qui prior iustiùs rem adprehenderit, id est & bona fide & sine vicio: Cùm si alteruter traditionis tempore alienam rem esse resciuerit, licèt priori ei res tradita sit, non magis Publicianam habere possit quantumuis emerit bona fide quàm si mala fide emisset: quod & Vlpianus ipse ex eodem Iuliano fatetur *in l. sed etsi 7. aliàs l. eum qui §. vltim. aliàs l. traditionem eod. tit. De public. in rem act.* Ex quo tamen conijci facilè potest de iis emptoribus Iulianum & Vlpianum sensisse *in dict. §. si duobus*, qui bona fide non tantùm emerint sed etiam possessionem adprehenderint. In qua specie dubitatio nulla est quin præferri omnimodo debeat is cui priori res tradita est, cùm idem ille non solùm prior sed etiam iustè possessionem adprehẽderit: Nec aliter Neratium sensisse suspicandum est.

ERROR OCTAVVS.

De re duobus vendita & tradita à diuersis non dominis contra Iulianum & Vlpianum pro Neratio in d. l. si ea res 31. §. vltim. De act. empt.

ILLVD solùm difficile est dicere, Cur non idem quoque Iulianus & Vlpianus admiserint eo casu quo emptores duo à diuersis non dominis emerint, rémque per traditionem acceperint, Cùm negari non possit quin is qui prior iustè possessionem adprehendit, ex eo tempore nactus sit ius exercendæ Publicianæ si quando possessionem illam iustè adprehensam iniustè ab eo admitti contingeret. *d. l. quacunque.* Nisi fortè ad id respexerunt, quòd cùm à diuersis non dominis duo emerunt bona fide, reíq; possessionem æquè bona fide acceperunt, par & æquale ius vtriusque esse videatur, cùm perinde vtrique Publiciana competat, dicíque soleat, Cæteris paribus meliorem esse debere condicionem possidentis tanquàm qui plus iuris habeat hoc ipso quod possidet quàm is qui non possidet *l. 1. §. vltim. & l. 2. D. vti possid. §. commodum Inst. de interd.* Idque est quod Bartolus & post eum cæteri notant ad *d. §. si duobus*, Potiorem esse causam eius qui & titulum habet & possessionem quàm illius qui solum titulum sine possessione. Quod tamen etsi verè diceretur, non adeò generaliter verum esse posset restringíque ad eum casum deberet quo à diuersis non dominis plures emissent, Siquidem alio casu quo idem non dominus eandem rem pluribus vendiderit, nec Iulianus ipse negaret præferendum eum cui priori tradita res est, licèt habeat litigandum cum possidente, qui & titulum habeat, & possessionem. Sed neque video quomodo pro tuẽda Iuliani & Vlpiani sententia possit quis dicere cætera esse paria cùm ambo emerunt à diuersis nõ dominis quamuis vterq; & fide bona emerit & æquè bona fide adprehenderit possessionem. Qui enim & prior & iustè adprehendit, an non plus iuris exinde habet ad Publicianam exercendam quàm is cui poste-

Digitized by Google

riori à suo venditore tradita res sit, licèt bona fide: Cur verò feramus ius illud quod ipse exinde habuit aufferri ei per traditionē posteriorem ab alio æquè nō domino alij emptori factam? Aut si eum emptorem, qui prior iustè possessionē adprehendit pro extraneo haberi volumus, quod ad eum pertinet qui ab alio domino emit & possidet, propterea quòd licet habeat ius agendi, possessor tamē neque ab ipso causam vllam habet, neque ab ipsius authore. Consequenter fatendum erit, Omnimodo igitur præferendum hunc possessorem id est tametsi viciosam habeat possessionem, Ex supradicta regula *d.l.vlt.D.de acquir.poss.* quæ vult aduersus extraneos viciosam quoque possessionem prodesse. Et vero ita Iulianum & Vlpianum sensisse facilè mihi persuadeo, Quia sicuti de illo quæri nō potest an Publicianam habere debeat is qui possidet, cùm actio in rem possessori competere nequeat, quæ ex contrario non datur nisi contra possidentē, Ita nec de illo inquirēdum est an bona fide possessionem nactus sit is qui possidet, cùm vincere debeat, non quidem tanquā possessor nudus, quia si non haberet titulum vtiq; vinceretur in Publiciana, sed quia cū iusto titulo habet possessionē quamuis iniustā. Atque ob hoc nimirū æquiorē & veriorē puto sententiā Neratij, existimantis omni casu potiorem illum esse debere, non qui prior emerit, adeóque cui res primùm tradita sit etiāsi in possessione reperiatur, sed qui prior iustè possessionem adprehenderit, nec qui iustè tantùm, sed qui iustius si vterq; iustè. Non enim ad possessionem iustè adprehendendam sufficit vt bona fide sit adprehensa, quāquam hoc quoq; necessarium est sed illud præterea requiritur vt neque vi neque clam adprehensa sit. Quòd si precariò, erit quidem adprehensa iustè vt diximus, sed minùs iustè quàm si animo domini. Obseruandum autem est ita respondere Neratium potuisse & debuisse quia in concipienda quæstione tantùm proposuerat vtramque venditionem factam esse sine dolo malo: De traditione autem an bona vel mala fide facta esset, nihil dixerat. Distinguendum igitur fuit an possessio iustè adprehensa esset necne. Similiter etiam Vlpianus ex Iuliano *in d.§.si duobus*, ponit quidem fuisse eandem rem venditam duobus bona fide ementibus, sed non potuit æquè fuisse traditam vtrisque bona fide accipientibus, quia licèt ita supponendū sit vt locus fieri possit quæstioni quæ prior in eo §. proponitur, viri ex emptorib. Publiciana vti magis liceat neutro scilicet possidente, quandoquidem Publicianam nō alius exercere potest quàm qui rei possessionem bona fide per traditionem acceperit, Nil tamen necesse est eādem suppositionem retineri quod ad posteriorem quæstionē pertinet cùm alteruter emptorum possidet, quoniam is sicuti nō indiget actione Publiciana, ita neque bona fide quæ in traditione interuenerit, & quæ esset necessaria vt Publiciana vti posset. Quamquam vt dixi fieri potest, vt is quoque bona fide possessionem adprehenderit, nec tamē iustè quia plus est iustè quàm bona fide possidere. Quid ergo est quod sequitur apud Neratium si ex duobus istis emptoribus vnus emerit à domino, eum omnimodo tuendum esse? Nempe id sibi vult Neratius non esse hoc casu distinguendum an is qui emit à vero domino possessionem iustè nactus sit an iniustè, quia per quamlibet possessionem etiam iniustam dummodo à vero domino ex iusta causa traditam dominium acquiri necesse est, cùm proprietas à possessione separari non potest *l.traditio 20.§.vltim. D. de acq.rer. domin.l.per procuratorem 8.Cod.de acquir.poss.* Ex quo magis apparet Neratium in cæteris non fuisse contentum bona fide, nec iustitiam possessionis totam ex bona fide sola æstimasse: Alioqui non posset is qui à vero domino emisset non iustè possessionem adprehendisse, si malam fidem æstimes potissimùm ex scientia rei

tia rei alienæ, quandoquidem scire alienam non potest eam quæ verè fuerit vẽditoris: Sed tamen potest iniustè quoq; possidere si fortè non per iustā traditionem nec per manus venditoris possessionem adprehenderit, sed propria authoritate ac ignorante venditore vt *in l. si ex sti pulatione 5. D. de acquir. poss.* aut prohibitus à possessore verò quantumuis iniusto, vel celato eo à quo timuit aut timere debuit controuersiam. Ex quibus causis solet vi aut clam possideri *l. 1. §. quid sit vi l. 3. §. clam facere D. quod vi aut clam.* Quod verò suprà diximus, difficilem esse explicationem illorum verborum *cùm emptio venditioque sine dolo malo fieret,* quasi fieri nequeat vt non mala fide & dolo malo fiat venditio quæ fit pluribus in solidum eiusdem rei & separatis contractibus ab eodem venditore siue domino siue nõ domino ita diluendum est vt dicamus Neratium Priscũ prisco veterum prudentum more duo illa verba *emptio venditióque* promiscuè sumpsisse pro contractu emptionis. Veteres enim his appellationibus promiscuè vtebantur, Itemq; in locatione & cõductione *l. veteres 19. & seq. D. de action. empt.* Non vt vẽditionem dicerent locationem, Et emptionem conductionẽ, vt malè Cuiacius locum illum infelici emendatione interpretatus est *lib. 9. Obser. cap. 15.* sed vt pro venditione dicerent plerũque emptionem, pro emptione venditionem. Et similiter locationẽ pro conductione, & cõductionẽ pro locatione. Relatione scilicet facta non ad personas contrahentium nec ad materiam contractus sed ad contractum ipsum, quia nõ potest esse venditio quin emptio sit, nec emptio quin sit etiam venditio: Vt bene Alciat. explicauit *lib. 3. παρεργῶν cap. 22.* Licèt non putẽ eò improprietatis vnquã venisse veteres vt vẽditorem dixerint pro emptore, aut emptorẽ pro vẽditore. Vt neq; locatorẽ pro cõductore aut cõductorẽ pro locatore. Facilius enim fuit vt ex vtraque parte cõtractus qui vnus esset eodẽ nomine vocaretur, quàm vt personarũ quæ diuersæ essent nomina iuráque confunderẽtur. Est enim alia persona venditoris & alia emptoris, sed non alius contractus vẽditionis, alius emptionis, nisi quòd ex personis cõtrahẽtium alias atq; alias habet præstationes: quarũ faciliùs discernendarũ gratia commodius tãdẽ visum est vnũ licèt eũdẽmq; contractũ diuersis nominibus appellare, Venditionẽ sc. ex parte venditoris, & emptionẽ ex parte emptoris. Ergo verba illa *cùm emptio venditióque sine dolo malo fieret* non alium sensum habet quàm si scriptũ esset venditã fuisse eandem rem pluribus emẽribus bona fide, quomodo locutus est Vlpianus *in dict. §. si duobus.* Cùm enim quæritur vter ex emptoribus per Publicianã tuendus sit non mala fides aut dolus venditoris inspici debet sed tantùm bona fides emptoris. Sequitur verò *traditáque est,* nec additur *bona fide & sine vitio* vt relinqueretur distinctioni locus quam Neratius adhibẽdã existimauit: Probabilissimã sanè & æquissimã si ex nostra emẽdatione lucẽ accipiat, & interpretationẽ. Omnes enim casus illos qui emergere possunt cõplectitur, nec tantùm si aduersùs extraneũ Publicianam emptores ambo exerceãt neutro possidente, vt Accursius post Azonẽ intelligit vt hãc conciliationis rationẽ cõminiscatur, sed etiã si agant inuicem, alterutro possidẽte. At Iuliani distinctio apertè manca est cùm eum casum non complectatur, quo emptores ambo qui à diuersis non dominis emerunt bona fide non inuicem agere velint sed contra tertium possidentem. Nec enim possis dicere meliorem esse hoc quoque casu debere causam possidentis, quàm petentis cùm neuter possideat, vterque petat. Nisi quis fortè velit dicere neutrum hoc casu vincere debere ex Iuliani sententia. Cur enim neuter vincat, si vel vterque vel alteruter saltem & emerit & possessionem acceperit bona fide? Aut cur faueamus possessori

nullum titulum habenti potiùs quàm ei qui Publicianam iure suo exerceat. Illud sanè non improbo, quod Doctores nostri volunt, duce semper Bartolo *ad d.§.si duobus*, Non esse permittendum ei qui tanquam possessor conuenitur actione Publiciana, vt titulum aliquem sibi acquirat, eámque rem emat à nõ domino, Hoc proposito vt possit vincere qui alioqui vinceretur. Nam præter id quod vix est vt ea acquisitio fiat bona fide ac non potiùs in fraudem litis iam institutæ vt ex Odofredo & Baldo tractat Castrensis ad hanc legem, Illud etiam constat per Publicianam fieri rem litigiosam, æquè ac per directam & ciuilem rei vindicationem. Quoniam licèt Publiciano exerceatur à non domino contra non dominum exercetur tamẽ dominij iure, & quasi constituto iam eo qui agit domino per completam vsucapionem quamuis verum sit cœptam dũtaxat, necdum completam vsucapionem fuisse. Porrò vt ei qui Publiciana conuenitur sua prosit possessio, necesse est vt saltem bona fide titulum acquisiuerit, etiam secũdum Iuliani & Vlpiani sentẽtiam, vt constat ex supradictis illis verbis *bona fide ementibus*, Si non hoc quoque velis addere ex Neratio vt iustè adeóque iustius possessionem adprehenderit. Planè si ponas eandem rem duobus quidem fuisse venditam siue eodem contractu in solidum siue separatis contractibus, sed neutri tamen fuisse traditam, Eo demum casu admittam meliorem fore causam possidentis, cùm neuter habeat ius agendi siue directa rei vindicatione siue vtili & Publiciana: quod sufficit possidenti quantumuis iniusto & vicioso possessori vt omnimodo & perpetuò vincat *d.l.vlt. D.de acquir.poss.l.si non dominus 4. D.qui potior.in pign hab.* Vtraque enim illa actio non modò titulum requirit sed etiam traditionem, Vindicatio quidem quamlibet, Publiciana verò eam quę accipientem fecerit bonæ fidei possessorem. Nec possum videre quam rationem habeat quod contrà defendit Iason *ad dict.l.quoties num.34.* præferendum eum esse cui priùs fuit res vendita, Cùm nec Iason ipse diffiteatur, Per venditionem anteriorem nullum ius emptori quæsitum esse nec si fuerit illa iurata. Quod enim adducit *ex l.in operis 26.D.locat.* in operis duobus simul locatis priori cõductori antè satisfieri oportere ad rem certè non pertinet, Non ob id tantùm, quòd ea lex de personali actione loquitur quæ competit ex conducto, non de actione in rem quæ nullo casu siue priori siue posteriori conductori accommodari potest, Sed etiam quia operarum locatarum exhibitio ex earum rerum genere est quæ pluribus ex ordine præstari possunt, adeóque interdum eodem tempore vt in specie *l.duorum 49.D.de opert.libert.* At rei pluribus venditæ traditio nũquam sic fieri singulis ex ordine potest vt vtrique tandem satisfiat, quia statim atque dominus rem à se vẽditam vni tradiderit siue priori siue posteriori emptori atque ita fecerit eum dominum, soluto scilicet precio, aut eo nomine aliter satisfacto nullũ amplius dominium habet quod in alium transferre possit etiamsi maximè velit, Siquidem posteriorem traditionem à non domino factam esse necesse esset, si prior facta esset à domino, Nisi poneres dominium quod à venditore per priorem traditionem abscesserat postea simul cum possessione ad eundem ex aliqua causa rediisse. Itaque etiamsi tractaremus de concursu duorum emptorum non in directa rei vindicatione aut in Publiciana in qua certè concurrere non possunt cùm neutra illis competat sed in actione illa personali ex empto quæ vtriq; emptori competit aduersus venditorem ad rem tradendam, Nihil tamen prodesse priori emptori deberet quòd prior emisset, sempérque locus esset gratificationi vt posset venditor ei qui posterior emisset priori tamen rem tradere si mallet condemnari alteri in omne id quod ipsius interesset. Nec enim effugere

potest

potest is qui duobus eandem rem vendidit quominùs alterutri condemnetur in id quod interest si alteri rem tradat, aut condemnetur vtrique si neutri velit tradere. Sed quia pro communi tuenda interpretum sententia adduci solet quod Paulus scribit *in d.l.si non dominus 4.D.qui potior.in pignor. hab.* de illius quoque legis sententia dicendum nobis aliquid est.

ERROR NONVS.

Si idem dominus vel non dominus eandem rem duobus pignerauerit & alteri qui posterior contraxerat priori tradiderit.

EODEM domino rem suam duobus creditoribus in solidũ pignorante siue simul & eodem contractu vt *in l.si debitor 10.D.de pign.* siue separatim & diuersis cõtractibus, vt *in l.1.l.si fundum 4.& pass.C.qui potior. in pign.hab.* certum est potiorẽ eũ esse qui prior contraxerit: Idque in vero pignore indubitatius est quàm in hypotheca. Nã cùm pignus verè ac propriè illud sit quod traditur creditori, & cuius possessio transfertur in creditorẽ, hypotheca verò quæ sola conuentione pignoris constituitur, manẽte nõ modò proprietate sed etiã possessione penes debitorẽ *l.si rem alienã 9.§. propriè l. cùm & sortis 35. §.1.D.de pign.act.* Apparet nõ posse in vero pignore locum esse quæstioni, Vter ex pluribus creditoribus pignoratitiis præferẽdus sit in pignore an is qui prior cõtraxit, an cui priùs traditũ pignus est. Traditione sc. ex contractus necessitate obligationẽ pignoris cõcomitante. At in hypotheca potest locũ habere quæstio, Si ponas debitorẽ postquàm de pignore cõuenit cum solo Titio, nulla traditione secuta, subinde cõuenisse de eiusdẽ rei possessione cũ Sẽpronio, eiq; possessionem pignoris tradidisse. In qua tamẽ quæstione nõ aliud iuris erit quàm si de pignoratitiis nõ de hereditariis creditoribus tractaretur. Quia quod ad vim & potestatẽ attinet formulę & actionis hypothecarię inter pignus & hypothecã nominis tãtùm sonus differt *l. 4.§.inter pignus D.de pign.* nec minùs acquiritur creditori hypothecario ius pignoris iure per solã cõuentionẽ obligata ex die ipso cõuẽtionis, quàm si cõuẽtionem traditio statim secuta esset *l. & quæ nõdũ 15.in prin.& §.1.& vlt.& pass.D.de pign.l.1.l.qui balneum 9.& pass.D.qui potior.in pign.hab* Nã & in eiusdẽ rei vẽditione pluribus facta cùm quærimus quis ex iis potior esse debeat, ideò dicimus præferẽdum eũ cui priori res tradita est: quia certũ est per solũ titulũ & contractũ emptionis nullũ ius siue dominij siue aliud reale acquiri emptori ante secutã traditionẽ *§. vendita Instit. de rer. diuis.* Eáq; ratio ab omnibus adfertur & rectè *ad l.quoties 15.C.de rei vindic.* quã apertũ est in re duobus per solã cõuẽtionẽ obligata locũ nõ habere. Illa tãtùm dubitatio potest emergere, Si duo pariter de hypotheca paciscãtur, Inquantũ quisq; obligatã hypothecã habeat, Vtrum pro quantitate debiti, an pro parte dimidia, Itémq; si cõtra extraneũ possessorẽ agendũ sit, Vtrũ pro parte quisq; an de toto, quasi vtrique in solidum res obligata sit. Ad quas dubitationes respõdens Marcianus *in l.si fundus 16.§.si duo D.de pign.* Ait magis esse vt pro solida quantitate debiti habeant singuli pignus obligatum non pro parte dimidia, & consequenter non de parte quisque pignoris sed de toto pignore agere possit contra possessorem quasi eadem re vtrique in solidum obligata. Nec solùm si diuersis diebus proponantur conuenisse de pignore, sed & si eodem die pignus vtrique datum sit dummodo separatim. Sic enim haud dubiè apud Marcianum legendũ est

quod dicendum erit etsi eodem die pignus vtrique datum est separatim nō vt vulgò *si eodem die* quod Accursius noster benè sensit, qui tamē nihil de recepta lectione emēdare ausus, hoc tātùm notat dixisse Marcianū *si* pro *quamuis* quod prorsus improbabile est, Multò tamē tolerabilius quàm quod Bartolus ad eum versic. notat dici quid simul fieri quod fit eodem die licèt diuersis momentis. Nam cùm dictio *simul* nota sit temporis, fieri certè nequit vt simul facta dicantur quæ diuersis momentis facta sunt licèt eodem die adeóque eâdem hora. Idq; expressim voluit monere Marcianus ne quis fortè putaret, de iis creditoribus accipiēdum versiculū illum esse qui de pignore simul conuenissent, De quibus tractare incipit in posteriore tantùm respō͂n parte, verbis illis sequentibus *sed si simul illi & illi* vbi concludit eo casu distinguendum esse an id actum sit expressim vt eadem res vtrique in solidum esset obligata vt *in l. si debitor* 10. *D. eod.* de cuius sententia & ratione scripsimus in *Error. 7. Decad.* 58. an verò id expressè actum nō sit, Vt priore quidem casu agat rectè vterque, id est vnusquisque in solidum [sumi enim debet eo loco dictio *vterque* non collectiuè sed distributiuè] si minùs, vnusquisque pro parte. Ergo tametsi eodem die, adeóque vt diximus eâdem hora idem pignus duobus obligatum sit separatim & diuersis momentis, singuli quidem contra extraneum agere in solidum poterunt, si duntaxat ab extraneo illo controuersiam patiantur. Sed si concurrant siue agendo inuicem siue proposita contra extraneum possessorem ab vtroque hypothecaria, præfertur sine dubio is qui prior contraxerit, vt post Accursium bene Bartolus cōcludit. Quòd si de prioritate vel posterioritate non appareat, Idem Bartolus rectè notat potiorem fore causam occupantis, nec cogendum eum cautionem illam præstare quæ præstari solet possessori conuento à duobus rei vindicatione ac iusto fundum interim alteri reddere, de qua *in l. is à quo* 57. *D. de rei vindicat.* quia non sicuti dominium eiusdem rei duorum simul in solidum esse non potest, ita possit quis dicere eandem rem pluribus in solidum obligatam esse non posse *d. l. si debitor.* Sed occupantem hoc casu intelligo non eum qui prior ad sententiam peruenerit, vt malè sensisse videtur Bartolus citans in hanc rem quod de noxali actione scriptum est ab Vlpiano *in l. si quis à multis* 14. *D. de noxal. action.* Sed eum qui prior ad Prætorem & ad iudicem venerit vt ius suum ex contractu quæsitum exequeretur. Quasi per litis contestationem nouata & propria facta actione quæ anteà fuerat communis vt dicere solemus in duobus correis stipulādi *l. 2. l. ex duobus* 16. *D. de duob. reis.* & *in l. si Titius* 9. *D. de verbor. obligat.* in cuius fine sic legendum est vt alibi monuimus *finem dandi alteri fore quando iudicium acceperetur.* Nam sicut inter ciuilem rei vindicationem & hypothecariam hoc interest, quod iam diximus, Ita & inter hypothecariam & noxalem, quòd noxæ deductionis iudicium per se nullum est, sed in executione demum rei in alia actione iudicatæ electionem habet ex lege 12. tab. is qui condemnatus est vt seruum dedere possit si id malit, quàm litis æstimationem præstare *l. miles* 6. *§.* 1. *D. de re iudicat.* At in iudiciū actionis hypothecariæ per se aliquod est, nec eget authoritate vlla rei iudicatæ vt exerceri possit aut cui innitatur, Sufficitq; vt rectè ac suo iure illum egisse priorem appareat, licèt non prior ad sententiam peruenerit. Habebit autem non beneficium possessionis de quo *in dict. l. si debitor,* vt malè subiungit idem Bartolus, [nemo enim possessor fit ex eo solo quòd agit contra possessorem] sed ius illud nouum & proprium quod acquiritur per contestationem, per quam certum est nouari contractum præcedentem haud secus ac per delegationem *l. delegare* 11. *§.* 1. *l. aliam* 29. *D. de nouat. & delegat.*

Digitized by Google

iunct. l. 3 §. *idem scribit D. de pecul.* Et hæc quidem ita se habēt cùm dominus fuit is qui conuenit de pignore. Sed si dominus nō sit, difficilius est dicere quid iuris constituendum esse videatur. Paulus hanc quęstionem tractat *in l. si non dominus* 14. *D. qui potior. in pign. hab.* adhibita distinctione in hæc verba *si non dominus eādem rem diuersis temporibus pignori auerit, prior potior est, Quamuis si à diuersis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.* Cuius distinctionis prima pars obscuriorem illam habet dubitandi rationem, quòd cùm pignus à non domino constituitur, siue per traditionem, siue per nudam conuentionem nulla prorsus obligatio contrahi possit, quia nec pignus valet alienæ rei *l. 1. & tot. tit. Cod. si à non domin. pignor. dat. sit.* Inde namque fieri videtur, vt non melior condicio esse debeat eius qui prior à non domino pignus accepit, nec potior dici possit iure is qui prior est tempore, licèt ambo pignus acceperint ab eodem non domino qui nullum ipse ius habuit. Cùm ex vulgata iuris regula nemo plus iuris in alium transferre possit, quàm ipse habeat. Cur non ergo in hac specie idipsum admittimus quod in alia specie de pignore accepto à diuersis non dominis Paulus admittit, vt melior sit causa possidentis? Bartolus respondet, nec malè intelligi Paulum debere de pignore constituto ab eo qui dominus quidem non erat, sed tamen Publicianam habere poterat tanquam bonæ fidei possessor factus per traditionem ex iusto aliquo titulo secutam, *Ex l. si ab eo* 18. *D. de pignor.* vbi idem Paulus scribit, Si ab eo qui Publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignus accepi, sic Prætorem tueri me per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam. Nempe quia Prætor ex cuius edicto non minùs Seruiana quàm Publiciana proficiscitur habet hunc possessorem domini loco, Et consequenter pignus ab eo constitutum pro benè constituto, haud secus acsi à vero domino constitutum esset. Nisi fortè ponas rem ei esse cum vero domino. Nam sicuti exceptio iusti dominij obstat Publicianæ *l. penultim. D. de public. in rem act.* ita & Seruianæ ab eo propositæ qui pignus accepit à non domino Publicianam habente. Sed illud difficilius est, Cur ergo melior sit condicio possessoris si à diuersis non dominis pignus acceptum sit, ac non potior omnimodo habeatur is qui prior conuenit de pignore, cùm ab eo causam habeat qui Publiciana vti potuisset. Nisi dicamus quæstionem hanc ex alia illa pendere quam inter prudentes veteres Proculianos scilicet & Sabinianos controuersiam fuisse diximus, nec negat Cuiacius, Ex pluribus emptoribus qui à diuersis non dominis emerunt, vter Publicianam magis habere debeat. In qua diximus placuisse Sabinianis, ex quorum numero fuit Paulus perinde ac Iulianus & Vlpianus, præferendum eum esse qui sit in possessione *l. sin autem* 9. §. *si duobus D. eod. titu. De publician. in rem action.* Cùm tamen Proculiani inter quos Neratius fuit, potiorem eum habuerint, qui prior iustius possessionem adprehendisset *l. si ea res* 31. §. *vltim. D. de action. empt.* Proinde mirum non est Paulum eandem adhibuisse distinctionem in pluribus pignoratitiis creditoribus, aut hypothecariis, Vt si ab eodem non domino pignus acceperint potior sit qui prior accepit, Si verò à diuersis non dominis *possessor* [sic enim legendum puto, non vt vulgò *possessor*] *melior sit.* Cur nam que per Seruianam tueatur, Prætor eum cuius authorem si non idem possessor quoque esset, minimè per Publicianam tueretur? Nam & facilior est Prætor ad dandam Publicianam quàm ad indulgendam Seruianam in consequentiam Publicianæ, Vt ex eo apparet, quòd Publicianam habet etiam is qui emit non quidem à fure vel raptore, cùm res furtiuæ aut vi possessæ sicut non

possint vsucapi, ita nec venire possint in Publicianam *d.l.siue autem §. hac actio D. de public.in rem act.* Sed ab alio quolibet etiam malæ fidei possessore. Quamuis contrà senserit Baldus *ad l.2.C.de furt.* eúmque secutus Iason *ad l.quoties num.* 35. Nec enim bonam fidem exigit Prætor nisi in eo qui Publicianam ipse exercet, non etiam in eo qui titulum & causam Publicianæ præbuerit. At Seruianam non dat Prætor ei qui à non domino pignus etiam prior accepit, nisi duo hæc concurrant vt & bona fide acceperit, & ab eo qui bona fide possidebat, Cùm non det Seruianam nisi in consequentiam Publicianæ quam porrò numquam daret malæ fidei possessori. Aliud ergo existimaret Neratius, qui ex schola Proculianorum fuit & ex pluribus hypothecariis creditoribus qui à non dominis diuersis pignus accepissent, eum præferret haud dubiè non qui possessor esse, sed qui possessionem pignoris prior iustiùs adprehendisse inueniretur, Secundum ea quæ in superioribus disputauimus. Et ego sanè vt in alia quæstione, ita & in hac libentiùs cum Neratio sentirem. Cur non enim melior omni casu debeat esse condicio eius qui prior iustiùs possessionem adprehendit, & cui exinde ius competiit proponendæ vtiliter & efficaciter aut Publicianæ aut Seruianę contra quemcumque alium, quàm dominum, licèt eam possessionem nullo suo facto habere postea desierit? Illud planè mirum videri non debet, potiorē omnimodo non esse illum, qui prior conuenit de pignore, cùm per eiusmodi conuentionem à non domino factā nullum ius acquisitum sit, sed tantùm defendatur conuentio per Prætorem in consequentiam vt dixi tuitionis quam Prætor facit per Publicianam. Quòd verò si neuter ex his creditoribus, qui ab eodem non domino pignus acceperunt, possessionem rei acceperit, sed tantùm conuenerit vterq; de pignore? Iam diximus nihil interesse apud Prætorem, an de vero pignore tractemus an de hypotheca. In quo etiàm obseruandū est diuersum esse ius Publicianæ & Seruianæ ob Publicianā competentis. Publiciana enim nō competit nisi ei qui aliquando possederit, Seruiana verò competit etiam ei qui de pignore ita conuenit cum non domino, vt tamen pignoris possessionē numquam habuerit, si modò cū eo cōuenerit qui aliquando possedit iusto titulo, & bona fide, Ex eáq; causa Publicianā exercere potuit, Nimirū quia sine possessionē vsucapientis nulla procedere potest vsucapio *l.sine possessione 25. D. de vsucap.* At sine possessione rei obligatę ius & vinculū pignoris cōtrahi potest. Quid deniq; si non inuicē agant creditores isti sed cōtra tertium & extraneum possessorē? Placet Azoni & Accursio cæterisq; interpretibus præferendū eū cui priori res tradita fuerit etiamsi à diuersis nō dominis pignus acceperint. Ex *l.si debitor 10. D. de pign.* quæ tamen non ad hunc casum pertinet, sed de eo pignore loquitur quod vnus & idē verus dominus duobus in solidū dederit. Quo casu dubitari nō potest quin omnimodo permittendū sit eis singulis agere in solidum aduersus extraneū vt melior sit condicio occupātis, quia verū est vnicuiq; ipsorum fuisse rē in solidum iure obligatā: Quòd si exemplū hoc sequi possemus in proposita quæstiōne de iis creditoribus qui à diuersis non dominis eandē rem pignori acceperunt, æquè dicendū esset præferendū eum non cui priori tradita res probaretur, nec qui prior cōuenisset de pignore sed qui prior Seruianā exerceret, quia & author eius in Publiciana præferretur, si prior occuparet. Quibus enim casibus potior esset causa possidentis si alteruter possideret, iisdē necesse est neutro possidēte meliorē esse condicionem occupantis, Siue quòd nihil melius dici possit, siue quòd qui actionē occupat, hoc ipso possessor fieri videatur si nō rei quæ in actionem euenit, saltē ipsius actionis *arg.l.si quis à non ... in 14.*

tit 14. D. de noxal. act. l. inter eos 19. D. de re iudic. l. vlt. §. etsi præfatam Cod. de iur. debb. Nisi cùm actio correspectiua est vt illa Pro socio *l. verum est 63. §. si cùm tres D. pro socio.* Etsi ratio illa me semper valde mouet vt pro eo respondere malim qui prior iustiùs possessionẽ adprehendit secũdum Neratij sententiam, Et consequenter non qui prior egerit, sed qui prior Publicianam habuerit, quia & hic prior domini loco apud prætorem esse cœpit, Et cùm Publiciana detur eo solo colore quasi iam completa sit vsucapio quæ tamen re vera inchoata tãtùm est. Quidni eum potius & indistinctè per Publicianam tueamur, qui prior vsucapionem completurus est, Quemadmodum si iam completa esset vsucapio esset ille haud dubiè & indistinctè præferendus in directa rei vindicatione tanquam qui per vsucapionem factus esset verè dominus iure Quiritium, siue ipse ageret contra alium emptorem Publicianam habentem, quia Publicianæ exceptionẽ nõ timet is qui vindicat iure dominij, nisi in casu *l. si à Titio 72. D. de rei vindic.* Siue per Publicianam conueniretur, quia Publicianæ semper obstat exceptio iusti dominij *d. l. penult. D. de public. in rem act.* Idque sanè est quod sensit Neratius *in d. l. si ea res 31. §. vlt. D. de action. empt.* Ex pluribus bonæ fidei emptoribus siue ab eodem nõ domino, siue à diuersis non dominis emerint, tuendum eum esse non qui prior emerit, nec cui priori res tradita sit, sed qui prior iustiùs rem adprehenderit, Quandoquidẽ is citiùs quoq; vsucapionem completurus, & dominus ex ea causa futurus est. Cui consequẽs est, vt si de iure pignoris inter duos controuertatur, qui à diuersis non dominis eandem rem pignori acceperint, quique Seruianam eodem tempore singuli in solidum aduersus extraneum exercere velint, præferri eum oporteat non cui priori res tradita sit [nihil enim facit traditio cùm de pignoris obligatione contrahenda tractatur, vt toties diximus,] sed qui pignus acceperit ab eo qui prior vsucapionem completurus erat, ac proinde qui in Publiciana omnimodo præferri debuisset: Quo tamen admisso intelligimus idem dicendum esse, tametsi non aduersus extraneum sed inuicem agant, qui pignus à diuersis non dominis acceperunt, nec vllo casu verum esse posse quod Paulus voluit, meliorem esse causam possidentis non magis cùm de Seruiana quàm cùm de Publiciana actione tractatur, si iuris rationi quæ Neratium & Proculianos mouit plus tribuas quàm Sabinianorum authoritati. Sed de his hactenus.

ERROR DECIMVS.

De re quam plures ab eodem locatore in solidum conduxerint separatim. Ad l. in operis 26. D. locat. & ad l. ne cui 32. C. eod.

TRACTEMVS iam de duobus qui ab eodem locatore rem eandem cõductionis titulo acceperint. Nam & hic casus apud nostros dubius est, nec habent pro expedito, Vter potior esse debeat, an qui prior cõduxit, nec tamen nisi posterior possessionem rei cõductę accepit, An verò is cui priori tradita res est licèt posterior conduxerit. Iason *ad d. l. quoties num. 32. & sequ. C. de rei vindic.* prioris conductoris partes tuetur, sed satis leuibus fundamentis. Mouetur enim primùm ex eo quod *d. l. quoties* posita est sub Tit. *De rei vindic.* nec nisi de emptione & donatione tantùm loquitur, non

Digitized by Google

etiã de locatione: Quasi verò ex solo titulo aut ex collocatione legis sub aliquo titulo, ac non potiùs ex iuris ratione metiendum sit an quod *in dict.l.quoties.* de venditione duntaxat scriptũ est, non etiã de donatione, nisi nos nostra fefellit emendatio, habeat locum etiam in locatione. Mouetur secũdò ratione illa, quæ ad causam iuris accedere propiùs videtur ꝙ per traditionẽ ex causa locationis factam nullum ius reale transeat in conductorẽ, non solùm dominij sed neque possessionis *l.non solet* 39. *D.locat.l.si quis antè conduxit* 10. *D.de acquir.poss.* Hoc enim est quod aliis verbis ait Iason in locatione cessare rationẽ fundamẽtalem *d.l.quoties*, quæ tota in eo sanè consistit, quòd per traditionẽ à vero domino factã ex causa venditionis transfertur dominium in primum accipiẽtem. Ex quo fieri necesse est, vt secunda traditio alteri emptori quamuis priori facta nullius momenti esse possit, tanquã tradita re ab eo qui dominus esse iam desierit. Quã rationem vtiq; fatendum est in locatione & cõductione cessare. Addit tertiam rationẽ paullò longiùs quidem petitam, sed in qua tamen dilatanda sibi placet, sumptam ex eo quod docet Bart. *ad d.l.quoties*, quasi pro regula, Quòd quando duo requiruntur ad consummationem alicuius actus ille præferẽdus est in quo priùs duo illa reperiũtur. Vt est inquit, in specie *d.l.quoties*, id est in trãslatione dominij ad quã duo requiruntur, scilicet titulus & possessio, Secus si vnũ sufficeret. Atqui in locatione simplici nõ potest venire translatio dominij. Ergo, inquit traditio rei quæ nullã traditionẽ iuris importat non potest eum excludere, qui habet priorẽ locationem. Adfert idẽ Iason respõsum illud Vlpiani de quo iam aliquid suprà scripsimus *in l. in operis* 26. *D.locat.* vbi ait Vlpianus, In operis duobus simul locatis priori cõductori antè satisfieri oportere. Quod ipsum nihil aliud esse videtur quàm quod Iason mordicus defendit, potiorẽ primi quàm secũdi cõductoris causam esse debere. Mouetur postremò ex Imperatoris Zenonis constitutione *in l.ne cui liceat* 32. *C. de locat.* vbi districtè prohibet Zeno ne cui liceat qui aliquã domum alienam vel locum vel ergastulũ nomine conductionis acceperit, alteri qui post eum domini voluntate ad eandẽ conductionẽ accessit, litem inferre quasi rem illicitam aut agenti dãnosam tentauerit, sed patêre facultatem domino domus suas vel ergastula vel loca cui voluerint locandi, Ipsis nihilominus qui conduxerint ab omni super hoc molestia liberis conseruandis, Nisi fortè pacta per scripturam inita cum dominis, vel cum his qui posteà conduxerunt, legibus videlicet cognita, agentis intentionibus suffragentur. Non desunt tamen qui contra Iasonem pro secundo conductore sentiant, sed cum distinctione, si secundus conductor cui priori res à locatore tradita est in rei conductæ possessione reperiatur. Sic enim Rot. *decis.*1. *De locat.in antiquioribus & decis.*879. *in antiquis*. Bartholom.Socin.*cons.*29.*lib.*4. Alex.*cons.*122.*col.*2.*lib.*5. Quam sententiã & distinctionem defendit Didac.Couar. *lib.*2.*var.resolut.cap.*18.*num.*8. Vnica hac sed fortiori ratione, quòd licèt in conductorem non sit translatum per traditionem dominium, nec ius vllum reale, Is tamen habeat ius potentius, cùm habeat saltem rei detentationem, à qua si expelleretur, ante omnia iudicis officio restituendus esset ad similitudinem eius qui cùm possideret spoliatus probaretur. Ex *l. Aquilius Regulus* 27. vbi Bart.& Castrens.notant *D.de donat.* Itaque qui ex secunda locatione detinet potest iure retentionis se defendere à priore conductore qui tantùm habet personalem actionem non realem: Actio verò personalis non datur contra secundum conductorem, sed contra locatorem. Et ego sanè cum istis contra Iasonem sentio. Cùm apertè Iason tractet eum casum quo secundus conductor

cui priori res tradita est in possessione reperiatur. Qui casus nullam penitus dubitationem habere potest, quin posterioris conductoris eiusdémque possessoris causa potior esse debeat, quàm prioris. Nullū enim ius tribuit locatio priori conductori nullámque actionem nisi personalem contra locatorem, de qua etiam sola agit Vlp. *in d.l.in operis*. Per quam actionem licèt cogi possit locator, id est condemnari vt priori cōductori priùs satisfaciat, quomodo scriptum est *in d.l.in operis*, Nihil tamen ea res potest afficere secundum conductorem, qui iam sit in possessione rei conductæ, ob idque nulla egeat actione sed tantùm retentione ad summouendum priorem conductorem, eo ipso iure quo locatorem quoque ipsum summoueret. Illa enim ratio qua præcipuè nititur Iason aduersus secundum conductorem, quòd traditio ei facta nullum ius reale in eum transferre potuerit, multò magis obstat primo conductori quem nemo dixerit plus iuris habere ob id debere quòd traditio ei nulla facta sit. Nam si traditioni iuncta locatio nullum ius transferre in conductorem potest, quantò minùs ea quæ nullam traditionem comitem habeat? Hoc autem admisso vt nullum ius reale translatum sit in conductorem primum. Consequens omnino est, vt nulla possit ei competere actio nisi personalis, ac proinde contra locatorem ipsum exercenda, cum quo contraxit, non contra secundum conductorem cum quo non contraxit. Sed & illud falsum est quod pro vero supponit Iason, Per traditionem quam locator ex causa secundæ locationis fecerit, nullum ius reale transferri in secundum conductorem. Ius enim illud retentionis quod per eiusmodi traditionem secundo conductori acquisitum est ne possit eum locator propria authoritate expellere adeóque nec per iudicem etiamsi offerat locator quicquid interest conductoris, Præterquàm ex certis causis de quibus *in l.ede 3.Cod.de locat.* An non satis reale ius est, licèt nulla eo nomine contracta sit hypotheca? Neque verò in contrarium quicquam facit supradicta constitutio Zenonis, quæ licèt de pluribus eiusdem rei conductoribus loquatur, ponit tamen non pro eodem tempore factas plures locationes, sed secundam, in id demùm tempus quo prior iam finita esset: quæ species nihil prorsus cum quæstione nostra commune habet. Sed tamen videntur mihi etiam isti quos Didacus sequitur, in eo errare, quòd traditioni quæ secundo conductori à locatore facta sit, vim aliquam tribuunt, quasi eius potestate fiat vt secundi conductoris potior causa esse debeat, quàm prioris cui numquam tradita res fuerit. Quod certè non ita est. Vincit enim priorem conductorem posterior, tùm quoque cùm res ei à locatore tradita est. Nō quia sit ei tradita, sed quia rem detinet. Cuius rei euidentissimo argumento illud est, quod etiamsi nulla ei traditio à locatore facta fuisset, idem tamen iuris esset, si modò qualibet alia ratione detentionem rei haberet. Nam neque locator ad hoc tenetur conductori, vt ei rem tradat quomodo tenetur venditor emptori, quòd nemo interpretum in hac quæstione obseruat, sed tantùm vt patientiam ei præstet, quod non in faciendo consistit vt traditio *l.consilio 7.§.vlti.n.D.de curat.furios.* sed in patiendo. Sufficitque locatori vt per eum non stet quominùs conductori frui liceat *l.ex conducto 15.in princip. D. locat.* In quo licèt videatur conductor minus iuris habere quàm emptor qui obligatum venditorem habet ad tradendum: Re vera tamen si propiùs inspicias plus iuris habet quàm emptor, quoniā propria authoritate possessionem & detentionem rei conductæ occupare potest, etiā non exquisita locatoris alia & noua voluntate, Quod in emptore diuersum est *l.si ex stipula-*

tione 5. D. de acquir. poss. Nimirum quia emptor non venditori possidet sed sibi, Conductor verò non sibi sed locatori *l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. annor. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar.* Nihil ergo in conductoribus facit traditio, sed tantùm detentio, Et consequenter fatendum est agentibus inuicem cōductoribus quibus singulis eadem res in solidum diuersis temporibus locata sit, meliorem esse causam non primi conductoris vt Iason voluit, nec eius cui priori res tradita sit à locatore vt alij volunt, sed possidentis. Nam si neuter possideat, sed tertius quidam extraneus, quamuis nullo penitus iure, nulla tamen siue priori, siue posteriori conductori actio competere potest aduersus possessorem, sed personalis tantùm contra locatorem, Nisi ponas contractam esse locationem & conductionē, vt hodie fieri adsolet adiecta pignoris conuentione. Tunc enim non modò Seruianam exercere contra extraneum possessorem, vterque conductor poterit, sed etiam ita vt præferatur is, non qui prior conduxerit, nec cui priori res tradita sit, sed qui prior conuenerit de pignore, Atque ita non tanquam cōductor sed quasi pignoratitius creditor, aut hypothecarius. Planè in personali actione quæ extra hunc casum contra locatorem ipsum instituenda est, potior primi conductoris causa esse debebit, Hactenus vt ei priori locatorem satisfacere ac ni satisfaciat condemnari oporteat *d. l. in operis.* Sed is casus vt iam dixi ad quæstionem nostram non pertinet, nec argumentum quod ex illo textu pro errore suo tuendo Iason sumit.

ANTONII FABRI
I. C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS LXXXVII.
ERROR I.

Si venditor promittat eam rem alteri non vendere, ex eáque causa obliget bona sua generaliter, vel ipsam rem venditam specialiter, quam postea vendat & tradat alteri.

GLORIATVR Iason *ad l. quoties 15. num. 28. Cod. de rei vindic.* hanc se limitationem ex sua inuentione afferre ad eam legem; vt non procedat quando venditor rem suam vni vendidit, eidémque per sollennem stipulationem promisit alteri non vēdere, & pro obseruatione promissorum obligauit illi bona sua omnia, Præsertim verò hanc ipsam rem venditam. Eo namque casu si postea idem vendi-

tor eandem rem vendat & tradat alteri, Non dubitat Iason quin potior primi emptoris causa esse debeat, etiam cui tradita res fuerit à venditore. Quia, inquit, tunc cessat ratio *d. l. quoties.* Quandoquidem per tale pactum cum hypotheca impeditur translatio dominij in secundum emptorē, & primus censetur habere ius in re Per textum quem interpretes nostri omnes dicunt, nec immeritò, valde singularē *in l. si creditor 7. §. vlt. D. de distract. pign.* Idq; esse putat Iason quod significant Imperatores *in d. l. quoties*, cùm de prædio iure distracto loquuntur, Vt scilicet intelligamus à contrario sensu non posse secundum emptorem iure potiorē esse tametsi prædium ei priori traditum sit, si non iure facta sit secunda venditio, In proposito autem non videri iure factam posteriorē venditionem propter pactū in priore appositum cum hypotheca. Addit hoc se cōprobare ex pulchra, inquit, cautela, quam in multis locis tradit Imol. *ad l. emptorem 9. C. de locat.* Vbi cùm Imp. scribat emptorem non habere necesse vt stet colono venditoris sicut nec alius quilibet successor singularis stare teneretur. Notat tamen Imola bonam in contrarium cautelam esse quādo locatur domus, quòd dominus promittat illam non vēdere alij sub obligatione omnium bonorū suorum & præsertim illius domus, Quia si postea vendit, venditio erit nulla, & propter ius hypothecæ non poterit expelli. Sic enim Imol. *in l. filiusfamilias 114. §. Diui 2. de leg. 1. & in l. absentis §. 1. ad fin. D. de donat.* Paul. Castrens. *ad l. si merces 25. §. 1. D. locat.* Eámque sententiam tanquam indubitatam sequitur Didac. Couarr. *lib. 2. var. resolut. c. 19. nu. 7.* post Andr. Tiraq. qui alios citat *lib. 2. De retract. §. 3. gloss. vnic. nu. 4.* Nec est vt puto ex tot interpretibus qui dissentiat. Adeò tenebras omnibus offudit responsum illud Marciani quòd extat *in d. l. si creditor §. vlt.* de cuius sententia & lectione Baldus contra Bartolum tam magnis iam olim cōtentionibus ad rixam vsque & parùm feliciter decertauit. Mihi iampridem quidem tota hæc traditio suspecta visa est. Sed cùm de Marciani responso nondum bene liqueret ante hunc diem, non poterat mihi compertum esse, quid de tota hac quæstione sentiendum arbitrarer. Ac de illius quidem responsi sententia & emendatione dicemus latiùs capite sequenti. Nunc verò errorem istum quem interpretes ex eo responso inuexerunt apertissimis rationibus refellemus. Primùm omnium illud statim occurrit in hac opinione reprehendendū, quòd supponunt interpretes posse quem sibi eam legem pacto dicere ne rem suam inuito vicino alienare possit, Quod euidenter falsum est & à Pomponio disertè negatum *in l. penult. D. de pact.* Quam legem etsi vulgo sic ab interpretibus accipi scio, nisi res illa cuius alienandæ facultatem sibi dominus præripuit in eum finē pignorata sit, & nos quoq; in Rationalibus eam interpretationem secuti sumus, vt Pomponium cū Martiano conciliaremus, Nihil tamen est meo iudicio quod aut Pomponij verbis, aut iuris rationi minùs cōueniat. Nam cùm Pomponius generaliter scribat neminem paciscendo efficere posse ne sibi liceat inuito vicino prædiū suum alienare, non magis quàm ne locū suum dedicare, aut in suo mortuum sepelire. Quis exceptionem illam ferre possit, Nisi prędium ad hoc sit obligatum? An non enim per pactum fit, quod fit per conuentionem de pignore? Aut quod vna via fieri prohibitum est cur alia fieri permittimus? *l. scire oportet 21. §. 1. D. de legit. tutor.* Quòd si vt hanc obiectionem effugeret Iason, putauit necessariam stipulationem sollennem de non vendendo alteri quasi plus hac parte possit stipulatio quàm nudum pactum de quo Pomponius loqui videtur, Ne is parum subtilis fuit. Sunt enim generalia illa verba Pomponij *nemo paciscendo facere potest*, nec minùs stipulationē quàm pactum nudū com-

prehendunt. Nā & qui stipulatur paciscitur, & cōuentionis pactiq; nomina generalia sunt vt etiam contractus quoslibet complectantur *l. 1. l. conuentionū 5. & seqq. & pass. D de pact.* Sed quid apertius, quàm illud videre, Pomponium *in d. l. pen.* cùm ait neminem paciscendo posse efficere ne locum suum dedicare sibi liceat, aut in suo mortuū sepelire, aut ne fundum suum alienare, Nō tam ad infirmitatē nudi pacti respicere cuius non tanta vis esse possit quanta stipulationis ad obligandū, quàm ad defectum potestatis in persona paciscentis, cui non magis licet vt per stipulationē quàm vt per nudū pactum id faciat quod quoquomodo fieri iure prohibetur. Iuris enim ratio quæ resistit ne per pactū nudū fieri ista possint resistit etiam stipulationi: Nempe quod quisquis verè dominus est ex iure Quiritium is sicuti dominium suum etiam volens & vltrò amittere nō potest, nisi aliquo ex iis modis quibus rerum dominia iure Quiritium & amitti & acquiri placuit *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acquir. poss.* Ita neq; facere potest vt manens dominus non retineat etiam inuitus liberam rerū suarum alienandarum, & pro arbitrio administrandarum facultatem, quam ciuibus, & ingenuis omnibus lex dedit. Implicat enim contradictionem, vt quis dominus sit eius rei quam alienare prohibeatur, Nisi cùm dominium ad eum peruenit hac lege ne alienari possit. Iis scilicet casibus quibus alienatio vel per legem ipsam vel per hominē lege permittente interdicta est *l. vlt. C. de reb. alien. non alienād.* Est igitur cōtra leges pactio, siue per stipulationē fiat siue citra stipulationem, per quam prohibetur quis ne rem suam licitis quoque & legitimis modis alienet. Quòd si promissio ipsa non alienandi quamuis vallata stipulatione nullius omnino momenti est, quid obsecro prodesse pactum potest, quo conueniat de pignore ad eam ipsam rem obligandā? An non obligationem aliquam aut ciuilē, aut naturalem præcedere necesse est, vt pignoris obligatio quæ non nisi accessoria est, possit subsistere? Cùm ergo principalis causa non subsistat nec ea quoq; consistere possunt quæ accedunt & sequuntur, vt habet iuris regula. Sed & cùm hypothecaria tacitam illam condicionem semper habeat si pecunia nō soluetur, vt scriptū est *in l. grege 13. §. etiam D. de pign.* fatendum est, etiamsi huiusmodi pignoris vinculū aliquod subesset, non aliā tamen huius conuentionis vtilitatem fore quàm vt primus emptor qui rem haberet obligatam non priùs à iure illo suo reali discedere cogeretur, quàm ei præstitum esset quanti ipsius interesset. Quid enim aliud petere aut consequi à venditore potest emptor cui res non traditur? Ergo saltem eo casu quo paratus sit venditor qui alienandi facultatē sollenni stipulatione sibi præripuit, præstare emptori plenissimam indēnitatē, eiq; quanti eius interest soluere, Non potest conuentio pignoris facere quin ius omne primi emptoris euanescat, quia & vinculū ipsum pignoris euanescit soluto omni debito: Nec tātùm id obtinet si vēditor qui debitor est, quique pignus cōstituit, ipse satisfaciat, sed etiāsi secūdus emptor cui dominus eandē rē vendere, eiq; tradere maluerit: Cùm possessor quilibet quantūuis iniustus habeat ius offerēdi. Nec. n. quærendū est de iure possessoris cùm sublatū est ius creditoris soluto pignore *l. Paulus 12. §. 1. D. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Proinde si secundū Iasonis & aliorum ratiocinationē nihil est, quod impedire possit ne ex secunda venditione transferatur dominium in secundum emptorē, nisi ius illud reale quod primo emptori per conuentionem pignoris quæsitum est in re ipsa vendita. Consequens est vt per plenissimam indemnitatis præstationem dissoluto iure omni ac vinculo pignoris potestas traditionis quæ per ius solum pignoris impediebatur, reuiuiscat, & vires suas exerat in dominio transfe-

transferendo. Sublata enim causa pignoris sola superest, promissio non alienandi quam fatentur omnes non posse sufficere, ad impediendam dominij translationem, quia etiamsi mille stipulationibus eam munias, numquam tamen facies vt eiusmodi promissio ius vllum tribuat in re aut ad rem, sed tãtùm in personam promissoris eiusdémque venditoris, qui porrò actione illa personali non ad aliud teneri potest quàm vt vel contractum impleat, vel præstet quanti interest emptoris & stipulatoris. Nam nec hypotheca etiam specialis rei venditæ absque pactione de non alienando hanc vim habere posset vt impediretur alienatio. Cùm si in locatione apposita esset, non faceret vt eò magis emptor colono stare teneretur, vt ex communi nostrorum sententia concludit Didac. *lib. 2. var. resolut. cap. 15. num. 3. vers. Secundum hinc deducitur.* Vbi agnoscit ipse hanc ipsam rationem qua mouemur ne possimus admittere vllam hac parte vim esse hypothecæ quantumlibet specialis, quòd dissoluatur hypotheca hoc ipso quod à possessore vel secundo successore præstetur primò quicquid interest eius ex *dict. l. Paulus §. 1.* Quo magis mirandum est omnes interpretes in eo consentire vt putent, Pactionem de non alienanda re vendita coniunctam cum speciali hypotheca potestatem eam habere vt alienationem impediat. Si enim conuentio pignoris ex qua sola ius reale inducitur, nihil tamen facere sola potest, quid addere queat promissio de non alienando facta per stipulationem, nisi personalem actionem? Nam quod vulgo iactitant, quæ non prosunt singula ea simulia & coniuncta sint iuuare posse, ad ea demùm pertinet quæ æstimanda sunt ex coniectura aliqua voluntatis aut æquitatis, sed non ad illa etiam quæ pendent ex mera iuris siue constituti, siue recepti ratione *l. spadonem 15. §. qui multa iura D. de excusat. tutor.* vbi est textus in hanc rem elegans valde, & accommodatus. Vnde & illud quoque miror quòd iidem interpretes magis communiter putant necessariam esse ad hunc effectum specialem hypothecæ conuentionem nec generalem sufficere. Vt ex Bartolo, Baldo, Imola & aliis frequentiori calculo receptum esse testatur idem Didac. *dict. num. 3. vers. vltimò est ad hæc considerandum.* An non enim generalis hypotheca perinde ius in re tribuit atque specialis? Rursum è contrario, Nónne specialis quoque hypotheca perinde dissoluitur soluto omni debito atque generalis? Quid igitur aut specialis facere amplius potest, aut generalis minus? Sed grauior interpretum nostrorum in proposita quæstione error ille est, quod etiamsi maximè verum est quod nos maximè falsum esse contendimus, vt sollennis promissio de non alienando iuncta cum hypotheca speciali possit impedire translationem dominij, Non tamen ex eo possis inferre quod Iason & cæteri inferunt. Potiorem igitur prioris emptoris cui res non est tradita, quàm posterioris cui tradita sit, causam esse oportere. Quod enim dominium rei venditæ non sit translatum in secundum emptorem tametsi traditio ei facta sit, an facere eo magis debet, vt in priorem cui numquam res tradita est, dominium translatum intelligatur? Aut quænam collectio ista est. Secundus emptor non est factus dominus per traditionem nec fieri potuit propter iunctam cum prohibitione alienandi specialis hypothecæ potestatem. Ergo primus emptor dominus est, etiamsi res ei non tradatur? Quid enim vetat neutrum esse dominum, Nec priorem emptorem quia res ei tradita non sit, nec posteriorem, quia traditio effectum suum habere non potuerit? Ideóque si secundus emptor ex traditione illa

nullo iure facta possessor inueniatur, quidni præferendus erit priori nullum dominij ius habenti? Eo scilicet iure quo vincit reus quilibet per non ius actoris, præsertim verò in rei vindicatione *l. vlt. C. de rei vind.* & quo etiam viciosa possessio aduersus extraneos prodest *l. vlt. D. de acquir. poss.* Quamquam probabiliter dicere nemo possit, viciosam esse possessionem eius cui venditor ipse ex causa venditionis rem tradiderit cùm habeat illam non solùm ex titulo per se iusto & habili ad dominium quoque acquirendum, sed etiam bona fide, & plus quàm bona fide scilicet à vero domino, Nil obstante illa prohibitione alienationis, etiam quæ comitem habeat specialem hypothecam, Quippe quæ ius ipsum dominij afficere quidem potest si interpretibus nostris credimus, sed possessionem inficere nullomodo potest, Præsertim verò si ponas ignorari à posteriore emptore conuentiones illas cum priore factas. Quid enim commune habet ius tituli & dominij cum iure possessionis *l. 1. § si vir vxori l. naturaliter 12. § nihil commune eod. tit.* Aut quid ius ipsum possessionis cum bona fide, quominùs is qui nullo etiam iure possidet, bona tamen fide possidere existimetur? Sed etsi poneres secundum emptorem cui soli res tradita sit à venditore postmodum amissa sine vllo facto suo possessione velle eandem rem vindicare non à primo emptore quem ponimus nunquam possedisse, sed ab extraneo quolibet detentore. Dubitandum tamen non putarem quin rectè ageret tanquam dominus per traditionem effectus in præiudicium saltem eius qui nullum à primo emptore ius haberet, & cui nullum ex pactionibus inter venditorem & primum emptorem factis ius quæri potuisset. Tritum enim est ex doctrina ipsius quoque Bartoli *ad l. 2. D. de except. rei iudic.* Non esse admittendam exceptionem de iure tertij etiam quæ sit exclusiua iuris agentis, quoties non aliter exclusiua est, quàm si tertius ille velit: Qualem hanc esse ambigi non potest cùm in potestate sit primi emptoris an ius illud suum siue personale, siue reale velit exequi, necne. Quis enim iure suo præsertim tam dubio & incerto vti cogitur? Sed & si agente iam secundo emptore & vindicante rem venditam ab extraneo possessore primus emptor liti interueniret, ad prohibendam quantum in se esset vindicationem, nulla tamē ratio esset summouendi secundi emptoris propter primum, qui ipse eius rei vindicandæ ius nullum haberet. Quo enim iure vindicationem alterius prohibere potest is qui nequeat ipse vindicare? Nam vt primus emptor vindicandi ius habeat, non sufficit vt impediat ne trāslatio dominij in secundum emptorem fieri possit, sed necesse est vt probet dominium in se translatum esse, quod probare numquam poterit is, cui traditio nulla facta fuerit. Quòd si ponas secundum emptorem vtroque illo tempore quo & emit, & rei possessionem per traditionem accepit conuentiones illas inter venditorem & primum emptorem factas ignorasse, ac proinde tam contractus, quàm traditionis tempore bonam fidem habuisse. Quidni demus ei saltem Publicianam, quam haberet vtique etiamsi à non domino dummodo bona fide comparasset? An fortè minus iuris habet ad exercendam saltem vtilem vindicationem is qui emit à vero domino, quamuis vendendi ius non habente ob aliquam occultam causam quam emptor ignorare probabiliter potuerit, nec diuinare debuerit, quàm is qui emit à non domino quem dominum esse existimauit? Aut quid interest ad inducendam bonam fidem an quis alienam rem esse nesciat, an verò inalienabilem duntaxat eam quam verè sciat propriam esse & in dominio venditoris? *l. bonæ fidei 109. De verb. signif.* Taceo, quòd etiamsi probaretur secundus emptor sciuisse pactiones factas inter venditorem & primum emptorem,

emptorem, non ideò tamen posset dici malæ fidei emptor quominùs Publicianam habere deberet: Cùm si non verè, tamen probabili saltem errore credere potuerit, nō cò minùs venditorem qui non obstantibus eiusmodi conuentionibus, rei suæ dominus manserit, eiusdem alienandæ, tradendæque potestatem sibi retinuisse, salua primo emptori aduersus venditorem ob ruptam fidem contractus personali ad consequendam indemnitatem actione. Quæ nostra sententia est, aut vera planè, aut si fortè erronea, saltem probabilis. Quam etsi erroneam esse conuinceres, me quidem imperitiæ argueres, sed non ideò emptorem secundum in mala fide constitueres, quamuis in iure errantem, quia neque prædo, neque malæ fidei possessor est is qui in iure errat *l. sed etsi 25. §. scire D. de petit. hered.* Maximè verò si error sit iuris valde dubij & perplexi vt tradit Didac. *in 2. part. relectionis cap. alma mater de sentent. excommunic. §. 7. nu. 9. ex cap. cùm dilectus de consuet.* Nam imò verò ex iuris errore induci bonam fidem quæ sufficiens sit ad præscribendum etiam vbi titulus requiritur placet eidem Didaco ex communi nostrorum opinione *lib. 1. Var. resolut. cap.* 8. vbi refellit etiam distinctionem illorum qui putant referre an per errorem iuris putauerit aliquis valere alienationem quæ absolutè ac simpliciter prohibita sit vt rerum ecclesiasticarum, An verò valere alienationem quæ non absolutè prohibita sit sed in defectum sollennitatum quas adhiberi lex velit nec tamen cōtrahentes adhibuerint vt contingit in alienatione rerum minoris, Quasi hoc posteriore casu excusabilior sit error, quàm priore. Quod tamen non ita est. Nihil enim refert siue effectum rei siue rationem iuris inspicias, vt bene Didacus argumentatur, an alienatio simpliciter prohibita sit, an verò permissa quidem sed adhibitis certis sollennitatibus quæ non interuenerint, Cùm vtroque casu verum sit venditionem non valere tanquam perinde contra leges factam *l. lex quæ tutores 22. Cod. de admin. tutor. l. non solùm 4. l. si quidem 11. & tot. tit. Cod. de præd. minor.* Denique malæ fidei possessor est quisquis contra legum interdicta mercatur vt scriptum est *in l. quemadmodum 7. C. de agric. & censit. lib. 11.* Sunt enim leges & constitutiones iuris publici cuius ignoratio nemini permissa est *l. penult. Cod. de iur. & fact. ignor.* At non similiter possit quis dicere, Malæ fidei possessorem censeri eum debere, qui emerit contra pactiones inter primum emptorem & venditorem factas, cùm priuatorum conuentiones & cautiones legum authoritate minimè censeantur *l. vltim. D. de suis & legit.* Nec aliud erit tametsi promissio illa de non alienando non tantùm stipulatione vallata sit, sed etiam iureiurādo. Quænam enim iurisiurandi potestas esse potest aduersus eum qui neque iurauit, neque iurantis heres est, sed singularis tantùm successor? Si quid enim vsquam personale est, vinculum sanè iurisiurandi tale est. Quæ autem personalia sunt ea constat in singularem successorem non transire vulg. *l. vlt. §. 1. D. de contr. empt. l. 1. §. si heres D. ad SC. Trebell.* Quod verò ad sententiam suam fortius comprobandam adfert Iason ex eo quòd dici solet, Emptorem cogi stare colono si locator in contractu locationis promiserit alij rem locatam non vendere idque sub obligatione bonorum suorum omnium & præsertim ipsius rei locatæ, iisdem rationibus & argumentis refelli potest. Pendet enim ex eodem errore cui causam dedit peruersa interpretatio, mendosáque lectio *d. l. si creditor 7. §. vltim. D. de distr. pignor.* de qua tempus iam est vt coniecturam nostram aperiamus.

Digitized by Google

ERROR SECVNDVS.

De sententia & emendatione l. si creditor 7. §. vltim. D. de distract. pignor.

NON fuisset quisquam ex interpretibus tam audax & subtilis qui dicere vnquam ausus fuisset quod tam constanter omnes ore vno adfirmant, Posse fieri per pactum de non alienando si coniuncta sit specialis hypotheca vt rei alienatio impediatur, si non eos omnes vnum hoc Marciani responsum fefellisset. Fatentur enim quotquot sunt qui hac quæstionem tractant, Esse textum illum singularem, id est nullum extare alium quo tale quid probari possit. Quasi verò aut ratio aliqua, aut alia authoritas iuris deesse posset, si cui vnquam ex antiquis prudentibus tam absurda ne dicam planè stulta opinio probabilis visa esset. Sed neque persuadere mihi possum cuiquam ipsorũ in mẽtem venisse vt hoc ipsum poneret in quæstione, & dubitatione, Cum certissima iuris ratio prorsus repugnet, támque euidenter vt nec dubitationi locum relinquere vllum videatur. Nam vt in præcedentibus tractare cœpimus, Nemo paciscendo efficere potest ne sibi liceat rem suam manentem suam inuito vicino aut alio quolibet alienare *l. penultim. D. de pact.* non magis quàm vt ne dominus maneat rei suæ quamdiu eam non alienauit aliquo ex iis modis legitimis quibus alienari & transferri dominium posse placuit *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acquiren. poss.* In eo siquidem elucet maximè vis & potestas dominij, vt eam rem cuius quis dominus est alienare pro arbitrio possit, & de ea quo velit alio modo disponere *l. 2. D. si à parent. quis manum. sit. l. in re mandatâ 21. Cod. mandat.* Ita suadente ac faciente ipsa naturali ratione, cui nihil tam conueniens est, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquiren. rer. domin.* Nec enim similiter possis dicere, & ex infinita illa voluntatis libertate inferre, Æquè permittendum esse domino eam si velit legem sibi dicere ne rem suam alienare postea vnquam possit. Ne alioqui cogamur fateri quod negamus, Non esse liberum domino, quam velit legem rei suæ dicere. Esset námque ista libertatis amissio potiùs quàm retentio, longéque aliud est Dominum legem dicere rei suæ, aliud sibi. Rei suæ quam vult legem dicere dominus potest, sibi non item, Sicuti solemus dicere de suprema testatoris voluntate, Esse illam planè liberam & ex libero testatoris arbitrio pendentem vt scriptum est *in l. 1. Cod. de sacros. eccles.* Sed tamen fieri nullomodo posse vt eam sibi testator legem dicat ne à priore sua voluntate possit recedere *l. si quis in princip. l. 22. de legat. 3.* Nimirum esset hoc libertatem testandi nõ exercere, sed constringere quod fieri nulla arte potest *l. cùm duobus 52. aliàs l. si fratres §. idem respondit societatem D. pro socio. l. pactum quod dotali 15. Cod. de pact.* Neque rursus simile est quòd omnes admittunt & verissimum est, posse inhiberi alienationem à testatore. Eóque casu non modò impediri alienationem sed etiam vsusfructus constitutionem, & pignoris obligationem *l. vltim. Cod. de reb. alien. non alienand.* Id enim rationem illam diuersitatis habet, quia testator qui rerum suarum alienationem testamento prohibet non sibi legem dicit sed rebus suis & heredi suo, ad quem alioqui res illæ peruenturæ essent cum libera alienandi potestate, Eiúsque rei argumento illud est quod idem testator non eò minùs res suas alienare postea quandocunque po-

quę potest *l. Lucius 40.§.1.D.de fideic.libert.* Sed & obseruandum est valde interesse inter voluntatem testantis,& voluntatem contrahentis. Voluntas testantis lex est *vulg.§.disponat.Nouell.22.De nupt.l.verbis legis 120. De verb.sign.* Voluntas contrahentis non item *l.pen.D.de suis & legit.* Lex autem cùm sit rerum omnium & personarum quæ in republica sunt domina & regina *l. 1. & 2. D. de legib.* dubitandum non est, quin sicuti sola dominium transferre potest tanquam vnus,isque præcipuus modus transferendi iure Quiritium dominij,vt ait Vlpianus in fragmentis *tit.19.De acquis.rer.* ita & dominij alienationem prohibere ac impedire possit,quod voluntas & pactio contrahentium facere nullomodo potest, [nisi cùm quis rem suam tradit sub pacto De non alienando vt dicemus *in Error.6.*] *d.l.pen.D.de pact.* Ad quam,etsi video interpretes omnes exceptionē illam adnotare, quam & nos in Rationalibus ad illum locum secuti sumus, Nisi res de qua non alienanda conuenit pignorata sit,in eáque creditor ius reale habere cœperit, Agnosco tamen neque verbis legis neque iuris rationi conuenire exceptionem. Cui nec aliud sanè causam dedit,nisi quòd existimantes interpretes sic à Marciano scriptum esse *in d.l.si creditor 7.§.vltim.D. de distract.pigner.* non aliter aut meliùs quàm ea exceptione adhibita Pomponium cum Marciano conciliari posse crediderunt. Nemo certè est vel ex ipsis quoque interpretibus qui non fateatur contendátque solam pactionem De non alienendo ex quacũque causa factam etiam in rei propriæ traditione, tantæ potestatis esse nũquam posse vt alienationem impediat,si non coniuncta sit potestas hypothecæ vel pignoris. Quamquam in eam rem abutantur passim eo quod scriptũ est *in l. ea lege 3.C.de condict.ob caus.dat.*& *l.si ita quis 135.§.ea lege D.de verb.obligat.* qui tamen loci ad rem non pertinent,quia loquũtur de pacto in rei propriæ traditione adhibito,nec probant quod volunt interpretes vt in sequentibus ostendemus. Sanè extra casum illum fateor veram esse propositionem interpretum ex *dict.l. penult. de pact.* Nascitur enim ex eiusmodi pactione tantùm actio personalis contra eum qui aduersus conuentionem fecerit,si modò ex iusta & honesta causa interfit agentis vt *in d.§.ea lege & d.l. 3.* Puta si conuenerit inter nos pacto incontinenti post alium contractum adhibito ne tu alij quàm mihi rem tuam venderes vel locares vt *in l.qui fundum 75.D.de contr.empt.l.si sterilis 21. §. si tibi fundum & seq.D.de action.empt.* Nam si nihil intersit [interesse autem non videtur nisi honesta causa interueniente *l.3.§.si mecum D.ad exhib.l.tum is 11. D.de furt.*] ne quidem personalis actio vlla ex tali conuentione nasci potest, cùm obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint vt vnusquisque acquirat quod sua interest. *l.stipulatio ista 38. §.alteri D.de verbor. obligat.* In eóque conuenit mihi cùm Bartolo cæterísque interpretibus omnibus *ad dict.§.ea lege* qui hunc admittunt esse sensum *dict. l.penultim. de pact.* vbi Pomponius huiusmodi pactionem vsqueadeò improbat, vt neque personalem actionem aut exceptionem ex ea concedere videatur. Nec abs re, cùm prohibitio ipsa testatoris, quam longè maioris potestatis esse diximus,nullas tamen vires habeat si sit nuda,id est nisi admixtã habeat aliquam causam *l.filiusfamilias 114. §.Diui 2. De legat.1.l.pater filium 38.§.Iulius Agrippa de legat.3.* Et quidem talem ex qua appareat interesse alterius quàm heredis prohibiti ,ne alienetur ea res quam testator alienari prohibuit,vt nos pluribus explicauimus lib.decimoquinto Cõiecturarũ. Quãquã illud quoq; obseruatione dignũ est,quod nos,ni fallimur, alibi docuimus alienationis prohibitionē etiã à testatore factã nõ vsq; adeò rem ipsam

afficere, ne tum quidem cùm iusta & honesta prohibendi causa intercedit vt impediat alienationem, id est translationem dominij in emptorem, sed tantùm vt inducat petitionem fideicommissi, quod eo casu relictum videtur sub condicione in casum contrauentionis & alienationis *dict. §. Diui & l. vnum ex familia 67. §. si duos & sequent. l. peto 69. §. fratre l. cùm pater 77. §. libertus cum l. seq. §. prædium De legat. 2. l. quoties 15. Cod. de fideic.* Cæterùm rei alienatæ dominium ad emptorem haud dubiè pertinebit. Nam & pertineret, tametsi res illa alienari prohibita per fideicommissum expressum & absolutum nominatim relicta esset, Inspecta scilicet ratione iuris illius veteris quod obtinuit ad constitutionem vsque Iustiniani *in l. vltim. §. vltim. Cod. commun. de legat. & fideic.* quâ primùm constitutione factum est vt res siue in diem siue etiam sub condicione legata, vel per fideicommissum relicta, & pendente die vel condicione fideicommissi alienata reuocari postea quandocunque possit per legatarium aut fideicommissarium & euinci emptori tanquam nullo iure, ac contra prohibitionem non tam testatoris quàm imperatoriæ legis alienata, Cùm antea diuersum obtineret, quia & ante Iustinianum erat inauditum, vt fideicommissario daretur vindicatio rerum fideicommissi ab herede alienatarum, nec si in fraudem fideicommissi quod magis est alienatio facta probaretur, vt *in l. Imperator 50. leg. Titius 54. D. ad SC. Trebellian.* vt ostendimus *in Error. 7. Decad. 70.* solúmque illud remedium supererat fideicommissario, vt quæ perperam heres alienasset imputarentur ei in quartam *l. 3. §. res quæ eod.* reliquum autem de suo heres fideicommissario farciret, aut fideiussor quem ex hac causa ab herede dari necesse erat ex edicto prætoris, vt legatariis vel fideicommissariis rectè & vtiliter cautum esset. *Tot. tit. Vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat, & Vt in poss. legat. vel fideic. seruand. caus. ess. lic. D. & Cod.* Et verò qui fieri poterat vt rerum fideicommissi alienatarum vindicationem aduersus emptorem haberet fideicommissarius tanquam dominus vel gentium iure, vel ciuili, cùm nec dominus olim fieret iure Quiritium non solùm per restitutionem fideicommissi, sed neque per traditionem ipsam singularum rerum fideicommisso subiectarum tanquam non ex iusta causa factam, quòd fideicommissa legibus duodecim tabularum & aliis quæ secutæ sunt, incognita non nisi tuitione prætoria subsisterent? *l. 3. D. si vsusfr. pet.* iunct. *l. numquam nuda 31. De acquir. rer. domin. & Institut. tit. De fideicom. hered.* Planè non nego iam olim potuisse fideicommissarium post restitutam sibi vel solo verbo hereditatem vindicare res hereditarias, sed tanquam dominum bonitarium, propterea quòd in bonis eius fierent res omnes hereditariæ per restitutionem *l. facta 63. D. ad SC. Trebell.* Hoc ergo admisso, quis non fateatur multò minùs potuisse impediri alienationem per solam licèt non nudam alienationis prohibitionem, quippe ex qua fideicommissum nullum nisi per interpretationem adeóque cōdicionale induci possit? Neq; superioribus contrarium est, quod idē Iustinianus *in d. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* ita coniunctim tractat de prohibitione alienationis facta siue per legem siue per testatorem siue per conuentionem inter viuos, vt omnes hos casus exæquare videatur. Cùm tamen nemo dubitet quin alienatio impediatur, quoties facta venditio est contra ipsius legis prohibitionem, vt puta si rem immobilem minor vendiderit sine decreto, Vel prodigus cui bonis interdictum est *l. 1. l. Iulianus 10. D. de curat. furiof. l. 1. D. de reb. cor. l. si quidem 11. & pass. Cod. de præd. minor.* Respondendum enim est intelli-

intelligendam eam legé de prohibitione hominis quæ sit valida, qualis illa non est, Ne dominus rem suam possit alienare *dict.l.pen.de pact.* Nisi cùm dominus ipse talem legem dixit traditioni rei suæ. Sic enim respondere malo quàm quomodo Bart.post Accursium in eo exæquari omnes alienationis prohibitiones, siue per legem factę sint, siue per testatorem, siue per pactionem, quod omni casu non tantùm alienatio prohibita intelligitur, sed etiam datio vsusfructus, constitutio pignoris, vel seruitutis, contractus emphyteuticus, alia denique omnia per quæ ad alienationem peruenitur, scilicet vt quisquis alienare prohibitus est teneatur si quid horum fecerit perinde acsi vendidisset tanquam qui fecerit cõtra prohibitionem, at non vt par sit & æqualis potestas prohibitionis ad impediendam alienationem ipsam. Quasi semper potentior sit prohibitio legis, quæ hominis nullo indiget adminiculo, quàm hominis, quæ si legis auxilio & authoritate destituatur, nullius omnino momenti est siue in vltima voluntate fiat, siue inter viuos. Nam imò verò potentior est prohibitio hominis quàm legis si fiat à domino rem suam tradente. Vt probabimus in sequentibus, & constat ex *l.ea quidem 5. C.si mancip. ita fuer. alien.* quæ ad hunc casum propriè pertinet, & ad quam nec Bartol.ipse si viueret respondere vnquam posset. Quòd si alienationis prohibitio siue in contractu, siue etiã à testatore facta tantam vim habere nõ potest, vt alienationẽ ipsam impediat, si adiũcta non sit cõuẽtio pignoris vel hypothecæ, vt Doctores volũt, Rogo quid afferre præterea potest adiũctio hypothecæ? Respõdebũt statim omnes vno ore interpretes, hoc afferre cõuẽtionẽ pignoris, quòd ex eo tẽpore is qui stipulatus est ne res alienetur quæ specialiter ei obligata est, cœpit exinde habere in ea re ius aliquod reale, cuius maiorẽ potestatem esse conueniens est quàm iuris cuiuslibet personalis ad rem ipsam afficiẽdã. Ego verò non inficior ita esse, sed hoc cõtendo, Nõ posse iuris illius realis tantam vim esse vt impediat alienationem, quoniã ius pignoris siue hypothecæ temporale tantùm est, alienatio verò perpetua. Nihil enim est quod alienari propriè & absolutè ad tẽpus possit. Quî ergo fieri potest vt tale ius pignoris vel hypothecæ alienationem impediat? Aut vt effectus huius conuentionis longiùs porrigatur quàm ius ipsum pignoris? Atqui ius ipsum & vinculum pignoris dissolui facilè potest, oblato quandocunq; debito, aut aliter creditori satisfacto. Sicut enim de natura pignoris est vt possit distrahi à creditore, adeò vt non sit vtile pignus quod distrahi nullo casu nullóque tempore potest *l.4.D.de pignor.act.* Ita & de pignoris natura quoq; est vt possit dissolui, nec nisi tẽporalem præbeat vtilitatem *l.si rem 9.§.omnis pecunia eod.tit.l.grege 13.§.etiam D.de pign.l.pen.D.de except.rei iudic.* Debuerunt ergo interpretes dicere, si tantã vim conuentioni pignoris tribuere voluerunt, Posse conuentionẽ de non alienãdo cũ hypotheca iunctam facere vt non teneat alienatio donec indemnitati stipulatoris plenissimè satisfactum sit, præstito ei quanti omnino interest ipsius, Non autem quod tam pertinaciter defendunt, Facere hypothecam cum pactione de non alienando coniunctam vt rei obligatæ alienatio in perpetuum & absolutè impediatur. Nam & iidem fatentur solam pignoris conuentionem non interueniente stipulatione de non alienando, tantam vim habere non posse vt alienationem impediat, Licèt non eo minùs verum sit hoc quoque casu ius reale contrahi per conuentionem pignoris in fauorem creditoris. Restat igitur vt ad Marciani textum illum quo vno interpretes omnes mouentur, respondeamus. Mirum sanè est à tã multis seculis vidisse neminẽ quomodo Marcianus scripserit in ea re in qua dubitare nemo possit quid scribere debuerit. Adeò infeliciter & frustra omnis

Digitized by Google

opera impenditur explicandis iis locis, qui indigent emendatione. Etsi verò plerumque accidit, vt emendandi ratio difficilior sit, quàm vt occurrere statim possit vel ei qui emendandi licentiam & authoritatem sibi adroget, quam ex necessitate sibi adrogandam esse recentiores ferè omnes interpretes, sanè ex recentioribus Gallis doctissimi quique crediderunt, Tantò mirabilius tamen est non fuisse obseruatum mendum, quod non linea integra, non dictione aliqua, at nec syllaba vlla, sed literula vna adiecta seruari commodissimè possit: Præsertim cùm nec defuerint qui hoc quodammodo præsentientes ausi sunt detrahere literam in dictione *nullam* & legere *vllam* vt affirmatiuam facerent sententiam quæ haud dubiè à Marciano concepta est negatiuè. Istorum error fuit quòd quæsierunt mendum in respōsione, quod suberat in quæstione. Nec enim putandum est eam fuisse quæstionem propositam à Marciano, An valeat conuentio facta inter debitorem & creditorem ne liceat debitori vendere pignus vel hypothecam, quæ quæstio prorsus absurda inanis & inutilis est, vt mox dicemus, Sed illam potiùs, An valeat pactum à creditore factum ne liceat ei debitoris hypothecam vendere vel pignus, Quam ita propositam esse apertissimè intelliges si iisdem omnino verbis retētis eodémque verborum ordine hoc solùm immutes vt pro *debitori* legas *debitoris*. Nam & verisimile & priscos illos librarios & exscriptores quibus sollenne erat omnia quàm paucioribus fieri posset literis perscribere, his literis contentos fuisse *debit.* aut *debitor.* ex quibus perinde possis legere *debitoris* atque *debitori* & contrà: indéque mendum hoc fluxisse.

ERROR TERTIVS.

De conuentione Ne liceat debitori vel creditori pignus aut hypothecam vendere.

DIxi absurdam, inanem & inutilem esse quæstionem De validitate cōuentionis inter debitorem & creditorem interpositæ, Ne liceat debitori vendere pignus & hypothecam, quia & cōuentio eiusmodi prorsus absurda, & inutilis est. Nec enim quicquā interest creditoris, præsertim si ius vetus inspicias, quod Marciani temporibus obtinebat, An debitor pignus vel hypothecam alteri vendat, an sibi retineat, Cùm omni casu æquè saluam paratámque habeat creditor pignoris aut hypothecę persecutionem aduersus tertium quemlibet siue bonæ siue malæ fidei possessorem, quia fit semper alienatio cum sua causa, nec mutatione dominij ius pignoris vel hypothecæ aut mutatur, aut extinguitur. *l. si debitor* 12. *C. de distract. pignor. l. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. alien. l.* 1. *§. cùm prædium D. de pignor. l. vsucapio* 7. *Cod. eod.* Hodie sanè multum interest creditoris non alienari pignus vel hypothecam, postquàm placuit Iustiniano inuita iurisprudentia vt liceat debitori res suas obligatas alienanti etiam inscio adeóque inuito creditore, hactenus deteriorem facere creditoris condicionem ne possit creditor ius suum exequi contra tertium bonæ fidei possessorem nisi exclusis priùs cæteris bonis debitoris, itémque fideiussorum aliorúmve intercessorum si qui accessisse proponātur *Nouell.* 4. *De fideiuss.* vnde sumpta est *Auth. hoc si debitor C. de pign.* Sed cùm olim esset incognita exceptio illa non factæ excussionis, nisi in specie *l. Moschis* 47. *D. de iur. fisc.*

Digitized by Google

de iur. fisc. de qua alibi scripsimus, iúsque ita obtineret, vt distractis à debitore pignoribus creditores potestatem eligendi haberent vtrúmne personali actione obligatos sibi, an pignora possidentes actione in re conuenire vellent *l. distractis* 14. *Cod. de pignor. l. est in arbitrio* 14. *Cod. de obligat. & action. l. creditoris* 8. *D. de distract. pignor.* Apparet nihil interfuisse creditoris hypothecarij multóque minùs pignoratitij an debitor obligatam rem venderet, necne, ob ídque non nisi inutilem conuentionem illam de non vendendo per debitorem pignore, & consequenter inutilem quæstionem de conuentionis illius validitate esse potuisse. Idque nec Bartolus ipse dissimulare potest qui vt aliquem casum vtilem comminiscatur quo possit interesse creditoris, Ne pignus vel hypotheca per debitorem alienetur, Vnum illum conquirit, & reperit, Si fortè inquit, debitor velit alienare in potentiorem, contra quem durior & difficilior creditori futura sit pignoris persecutio, quàm aduersus debitorem ipsum futura esset. Sed præter id quòd generalis quæstio est quam proponit Marcianus, non ad hunc casum planè commentitium restricta, nec proinde restringenda, Illud etiam apertum est, quod ad iuris rationem pertinet, nihil referre an facta sit alienatio in potentiorem, an in personam eiusdem condicionis, Cùm vtroque casu æquè ius suum exequi possit si velit, & agendi difficultas valde distet ab impedimento aut iuris aut naturæ *l. continuus* 137. *§. illud De verbor. obligat.* Maximè verò cùm paratum sit ei cuius interest remedium aduersus potentiorem in quem facta alienatio est, Aut ex illa edicti parte qua cautum est de alienatione iudicij mutandi causa facta *l. 1. in fin. & l. 3. in princip. D. ill. tit.* Aut ex Imperatorum constitutionibus quæ extant *in tit. Codic. ne lic. potent. patroc. litig. præst.* Quare nec prætoris edictum quo cauit de reuocandis per actionem Paulianam iis quæ in creditorum fraudem alienata sunt ad creditores pignoratitios aut hypothecarios pertinet, sed tantùm ad chirographarios, vt aliàs docuimus quia soli chirographarij fraudari possunt qui nullam nisi in personam debitoris & in bona eiusdem condemnati actionem habent, Non etiam pignoratitij & hypothecarij quibus actio in rem competit non minùs contra possessorem alium quemlibet, quàm contra debitorem ipsum. Cùm igitur nihil penitus intersit creditoris an debitor pignus vel hypothecam alienet an non, Illud quoque consequens est dicere, Nec iustam nec vtilem esse posse conuentionem per quam alienatio debitori prohibeatur, Non solùm si personam ipsius debitoris inspicias qui cùm sit dominus, vt iam toties diximus facultatem sibi præripere rei suæ alienandæ non potest, *dict. l. penultim. De pact.* Sed etsi personam creditoris, cuius nihil interest, cùm actio numquam detur ei cuius nihil interest *l. 3. §. 1. dict. l. stipulatio ista* 38. *§. alteri De verbor. obligat.* Sed & tractatus ipse & titulus sub quo posita est lex quam emendamus coniecturam emendationis nostræ non parum iuuat. Titulus enim est de distractione pignorum, De distractione, inquam, illa quæ fiat non per debitorem, de qua nunc disputamus, nec vt fit hodie per subhastationes postulante quidem creditore, sed nomine debitoris maximè in executione iudicati, de qua *in l. si ob causam* 13. *Cod. de euiction. l. 1. & 2. Cod. si in caus. iudic. pignor. capt. sit.* Sed per creditorem ipsum vendentem proprio nomine & iure creditoris, De qua venditionis specie intelligi debent leges omnes quæ in libris nostris extant, quotquot de pignorum distractione loquuntur. Nam de venditione pignoris quæ per debitorem ipsum fiat separatus tractatus, in iure nostro nullus est, quia nec separandi eius causa vlla fuit, cùm per-

Digitized by Google

missa sit debitori venditio rei propriæ non iure aliquo singulari, quomodo creditori rem obligatam distrahenti iure creditoris, sed eo iure communi, quo liberum est cuilibet homini ingenuo de rebus suis pro arbitrio disponere *d. l. 2. D. si à parent. quis manum. sit.* Nec sanè alius in toto eo titulo textus est quem possis interpretari de venditione pignoris vel hypothecæ facta per debitorem, Vt proinde sit omnino improbabile de tali venditione Marcianum interpretari, Præsertim cùm & initium eiusdem legis, & quæ in ea sequuntur quæstiones ad eam vēditionis speciem pertineant, quæ facta sit à creditore. Addo, quòd quæstio Marciani concepta est non tantùm de hypotheca, sed etiā de pignore quatenus ab hypotheca non nudo sono, sed verbi proprietate ac significatione distinguitur, vt & in quæstione proposita initio legis. Nec tamen fieri potest vt sit locus quæstioni in pignore propriè sumpto. Nā cùm pignus propriè illud sit cuius possessio translata est in creditorem *l. si rem 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. in fin. D. de pign. act.* Apparet nō posse quæstionem incidere, An liceat debitori alienare rem obligatam cuius ipse possessionē non habeat. Quomodo enim fiet alienatio, id est translatio dominij à debitore vendente si traditio non intercedat? *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 1. C. de fund. dotal. l. traditio 20. & l. numquam nuda 31. D. de acqu. rer. domin.* Quomodo autem fieri potest vt debitor tradat rem quam non ipse sed creditor possideat, cùm traditio nihil aliud sit quàm datio possessionis *l. 3. in princ. D. de act. empt.* Sed & quid obsecro interesse potest creditoris etiam iure nouo quo hodie vtimur, an pignus quod creditor ipse possidet à debitore distractū fuerit, necne, cùm sit ipse in possessione pignoris tamdiu eam retenturus quādiu non fuerit sibi plenissimè satisfactū, nec antè dimissurus *l. 1. in princ. D. de pign. l. à Diuo Pio 15. §. quòd si res D. de re indic.* Exceptio namq; illa non factæ excussionis quam à Iustiniano inductam fuisse diximus vt possit obiici creditori, sicut alij prodesse non potest quàm ei qui sit possessor & quidem bona fide, ita non potest obiici creditori qui ipse possideat, ideóque non actione aliqua indigeat ad pignus persequendū, sed tantùm retentione ad summouendū quemlibet agere volentem, siue debitor ille sit, siue is qui emerit à debitore, Et siue pactionē illam De non alienando per debitoré pignore valere dicas siue non valere. Nam etiamsi maximè valeret, facere tamen non posset, vt emptori pignus tradere creditor cogeretur ante debiti solutionem. Potuit igitur & debuit Marcianus quæstionem concipere de hypotheca tantùm non de pignore si de rei obligatæ venditione per debitorem facienda sensit. Nam in hypotheca cuius possessio penes debitorem ipsum remanet, facilè locum habere quæstio potest si debitor hypothecam alicui vendiderit & tradiderit, quam auocare postea creditor velit. Etsi enim hoc quoque casu nihil intererat olim creditoris, vt suprà ostendimus, hodie tamen interesset post inductam à Iustiniano in fauorem tertij possessoris, non excussi debitoris exceptionem. Atqui de pignore non minùs quàm de hypotheca quærit Marcianus. Ergo vel ex hoc solo intelligimus non de illa pactione eum tractare per quam conuenerit, Ne liceat debitori pignus vel hypothecam vendere. Sed de illa potiùs, Ne creditori liceat vendere pignus vel hypothecam debitoris. Cùm enim distractio & pignoris & hypothecæ creditori æquè ac indistinctè permissa sit vt sibi debitam pecuniam consequatur, nemo non videt perinde posse quæstionem hanc posteriorem concipi in pignore, atque in hypotheca, Tantóque maiorem esse rationem dubitandi in pignore quantò durius est, vt non possit creditor rem à se possessam distrahere quàm vt non possit hypothecam

cã vẽdere, quę nõ ab ipſo, ſed à debitore poſſideatur. Scripſit itaq; Marcianus *ne liceat* ſupple creditori *debitoris hypothecã vẽdere vel pignus*. Nã & pign' & hypotheca debitoris eſt, & in bonis ipſius nõ in bonis creditoris *l. pignus 9. C. de pig. act. d. l. cùm & fortis 35. §. 1. D. eod.* id eſt res ipſa pignorata, & vt ita loquar hypothecata. Sumpto ſcilicet pignoris, & hypothecæ nomine in concreto pro re ipſa obligata, non in abſtracto pro iure ac vinculo pignoris vel hypothecæ. Ius enim illud, creditoris ſanè eſt non debitoris. Sed cùm de venditione pignoris vel hypothecæ loquimur, quæ ſiue per debitorem ſiue per creditorem fiat, non de illius iuris venditione intelligimus, ſed de diſtractione ipſius rei obligatæ. Interpretem qui literam S. primus ſuſtulit, fallere illud etiam potuit, quòd priora illa Marciani verba *ſi pactum ſit à creditore* putauit accipienda de pacto adhibito in vtilitatem creditoris, Cùm tamen ipſa verbi proprietas contrariam potius interpretationem ſuadeat. Paciſci enim dicitur magis propriè is qui promittit, quàm is cui promittitur, in eóque maximè differunt iſta *paciſci & ſtipulari l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret & paſſ. D. de pact. l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam D. de tranſact.* Ita verò Marciani contextu emendato, nihil aliud ex toto illo reſponſo inferri poterit, niſi quòd omnes admittunt, Valere pactionem, Ne liceat creditori vendere pignus vel hypothecam debitoris. In quo tamen ratio illa dubitandi ſuberat, quòd talis conuentio, vt in Marciani textu eſt contra ius poſita videatur: Quandoquidem hoc iure vtimur, vt creditori liceat pignus diſtrahere, adeóque diſtrahendo etiam proprietatem, quam non habet in alium transferre *Tit. quib. alien. licet vel non. Inſtit.* ita vt qui à creditore pignori obligatum prædium emit de proprietate vinci non poſſit *l. qui à creditore 18. C. de diſtr. pignor.* Nec tantùm licèt creditori pignus vel hypothecam diſtrahere cùm de eo expreſſim conuenit, ſed etiamſi nihil conuenerit, ſi modò non conuenit ne liceat, inquit Vlpianus in *l. ſi conuenit 4. D. de pign. act.* Quibus verbis oſtẽdit apertiſſimè talem pactionem valere, neque refragari iuris rationẽ, Quia quod dicimus poſſe creditorem iure ſuo pignus, vel hypothecam diſtrahere ſic accipiendum eſt, ſi non lex contractus reluctetur. Quidni enim Prætor hanc tueatur conuentionem, quæ nec contra leges ſit, nec cõtra bonos mores? Certũ igitur eſt quod Marcianus ait, ſi creditor contra legem ſibi dictam pignus vel hypothecam vendiderit, nullam eſſe venditionem vt pactioni ſtetur, nec eo minus vindicationem rei ſuæ habiturum debitorem, quaſi nullomodo alienatæ, ſi eam vindicare velit ab emptore.

ERROR QVARTVS.

Ad l. ſi conuenit 4. D. de pignorat. act. Tribonianiſmus obſeruatus in d. l. ſi creditor 7. §. vlt. de diſtr. pignor.

PLus dicit Vlpianus *in d. l. 4.* Creditorem qui aduerſus pactionem diſtraxerit furti obligari, tanquam qui rẽ alienã inuito hac parte domino cõtrectauerit, & in aliũ vſum quàm in quẽ pignus acceperat. Tractat nãq; Vlpianus de eo qui nõ hypothecã ſed pignus diſtraxerit, ac proinde qui rẽ obligatã cuius poſſeſſor erat cõtrectauerit. Nam ſi creditor millies venderet hypothecam quam non ipſe, ſed

Digitized by Google

debitor possideret, furtū tamen nō faceret quia sola vēditio sine traditione non facit contrectationem, furtum autem sine cōtrectatione fieri nequit. Eodémq; modo accipi debet quod ex Iauoleno scriptum legimus *in l. si is qui pignori 73. D. de furt.* Idem enim vtriusque loci sensus est, nisi quòd Iauolenus ad obligandum furti creditorem, hoc solum requirere videtur vt nihil conuenerit de vendendo pignore, Cùm tamen Vlpianus exigere videatur vt expressim conuenerit de pignore non distrahendo. Sed responderi commodè potest verba illa Iauoleni *cùm de vendendo pignore nihil conuenisset* ita esse accipienda acsi scriptum esset, si neque expressè neque tacitè de pignore conuenisset, quod ipsum nihil aliud est quàm dicere cum Vlpiano *si conuenisset expressim de non vendendo pignore*: alioqui tacitè de eo conuenisse videtur, cùm etiam tacito consensu conuenire possit vt *ait l. 2. & 4. D. de pact.* Cùm itaq; non alia sententia sit Marciani *in d. l. si creditor. §. vlt.* quàm quæ Vlpiani *in d. l. 4. D. de pignor. act.* De creditore paciscente expressim de non distrahendo pignore vel hypotheca debitoris, Intelligimus eandem exceptionem ad Marcianum addendam esse quam Vlpianus *in d. l. 4.* addidit *nisi ter fuerit denunciatum debitori vt soluat & cessauerit.* Trina enim illa denunciatione præcedente certum est posse nihilominus distrahi pignus, vel hypothecam, tùm quoque cùm inter debitorem & creditorem conuenit ne distrahere liceat, vt disertè Paulus noster scribit tractans de fiducia, quę pignoris species erat iis tēporib. potissimū vsitata *li. 2. sent. tit. 13. De leg. commis. §. si inter.* Vbi rationē reddit quòd ex tali conuētione actio fiduciæ nasci nō possit. Cuius tamē rationis sensus quis esse possit nō video si hic non est vt eiusmodi conuentio non valeat. Nec enim dubitandum est quin ex omni conuentione in fiduciæ contractu adhibita vtiliter actio fiduciæ nascatur, si quid aduersus eam conuentionem fiat. Exemplo eius quod *in tit. seq. 14. De vsur.* idem Paulus scribit, si pactum nudum de vsuris præstandis interpositum sit, nullius id esse momenti: Ex nudo enim pacto, inquit, inter ciues romanos actio non nascitur. Et verò non possis dicere huiusmodi conuentionem valere ex eo, quòd faciat vt non aliter vendi pignus possit etiam cessante debitore, quàm si trina illa denunciatio eáque sollennis, id est testatò facta præcesserit. Nam & nulla conuentione interposita si creditor pignus sibi simpliciter datum distrahere velit, certum est ter ante denunciare eum debere suo debitori vt pignus luat, ne à se distrahatur, vt idem Paulus docet *eod lib. 2. sentent. tit. 5. De pignor. in princip.* Ex quo loco apparet eo solo casu remissam creditori sollennis denunciationis necessitatem, quo inter eum & debitorem conuenerit de pignore distrahendo. Etsi n. nulla quoq; facta cōuētione hoc ipsū tacitè conuenisse intelligitur vt diximus, dubitādū tamē nō est quin hac parte, vt & sępe aliàs, fortior sit & fauorabilior expressa cōuentio quàm tacita. De pignore autē nō distrahēdo tacita cōuentio nulla est, quia nec expressa valet, Sed siue expressa, siue nulla interuenerit, totidē denūciationes id est tres sollēnes exigūtur, nec plures nec pauciores. Ad quid ergo prodest expressa cōuentio, aut quid addit iuri cōmuni? In quo miror ingeniū viri doctissimi Iacobi Cuiacij qui ad supradictā Pauli sententiā quę extat sub *tit. De pignor.* postquàm notauit, furti teneri creditorem si simpliciter obligatū pignus ante trinā denūciationem distraxerit *ex d. l. si is qui pignori 73. De furt.* subiungit in hæc verba, *Sed & cùm nominatim conuenit de non distrahendo pignore triplex illa denunciatio exigitur, vt distrahi nihilominus possit.* Debuerat enim potius scribere, Posse nihilominus hoc casu pignus distrahi, tātóq; magis

triplicē illā denūciationē ex gi, Eiúsque iuris eā rationē adferre ex alio illo Pauli loco *De leg. commiss.* quod conuentio talis non valeat. Atqui, inquies, certū est vēditionē non valere. Fateor, cùm prętereà fatendū quoq; illud sit creditorē furti hoc casu obligari, & rem obligatā, quæ distrahitur cōsequēter fieri furtiuā, vt nec vsucapi posteà vnquā possit. Hoc.n. omnino cōsequēs est, ideóq; supplendū licèt additum non sit *in d. l. 4. De pignor. act.* Sed nego posse ex eo inferri Cōuētionem igitur valere. Nō.n. ideò nulla est venditio, quòd valeat conuentio, sed quia etiam nulla interposità conuentione, non esset tamen permittēdū creditori, vt tam facilè rem alienam distraheret nulla denunciatione debitore eidémque domino facta ad impediendā distractionē, Adeò vt perinde furti obligetur is quoque qui non cōuenit de non distrahendo pignore, si ante trinam denunciationem pignus vendiderit, dū ne conuenerit de eo distrahēdo *d. l. si is qui pignori. 73. De furt.* Et ratio quam nostri adferūt, Cur etiā cùm conuenit de non distrahēdo pignore, si tamē trina solēnis denūciatio præcesserit, nihilominùs distrahi pignus possit, quoniā, inquiunt, inutile esset pignus quod distrahi nūquā posset, Hæc ipsa probat, Conuentionem igitur de non distrahendo pignore nō valere. Quid enim aliud huiusmodi cōuentione agitur, nisi vt nullo vnquam tēpore pignus distrahatur, nec si mille denunciationes procedant. Nam vt trinā denunciationem pręcedere necesse sit, nulla cōuentione opus est, Aut si qua vis esse posset huius conuētionis, illud saltem induci oporteret vt tali cōuētione intercedēte quatuor aut quinq; pluresve non tres tantùm, quomodo nullà conuētione facta, denunciationes præcedere necesse esset; vt aliquid conuentio adderet iuri communi. Interpretes fefellit vt hoc videre non potuerint, quòd conuentio hæc si quando intèrponatur, quamuis nulla sit, suum tamen effectum habere videtur, cùm eueniat vt pignoris vel hypothecæ distractio impediatur: Nec obseruant effectum hunc accepto ferendum esse non conuentioni, sed iuri communi vt diximus, Siquidem nulla etiam adhibita conuentione tantundem esset, vt & aliàs accidit quoties nulla est, & nullius momenti conuentio, per quam id agitur, vt aliquid addatur iuri communi, quod tamen addi non potest. Quare nec illud probare possum, quod *in dict. l. si creditor §. vltim.* additum video nullam esse venditionem *vt pactioni stetur.* Non enim alius sensus additionis huius esse potest, quàm vim eam esse huius pactionis, vt impediat venditionem, quod falsum esse probauimus. Videtúrque mihi, vt tandem liberè dicam quod sentio, totus ille §. Triboniani esse magis quàm Marciani. Nullo enim alio iuris loco apud prudētes quæsitum reperias, An valeat huiusmodi conuentio, Ne liceat creditori pignus vel hypothecam debitoris vendere, Nec dubitatum vnquam fuit non valere, cùm idipsum tam apertè scriptum extet in Pauli sententiis, vt intelligamus fuisse hanc sententiam iuris nō controuersam, sed indubitatam. Est enim talis conuentio contra ius posita, quandoquidem ex iuris ratione est, vt pignus omne possit distrahi, ne alioqui futurum sit inutile creditori. Et idcirco certum est nil obstante tali conuentione posse distrahi pignus vel hypothecam, dummodò trina denunciatione præcedente, acsi conuentio nulla interuenisset: quo etiam casu perinde necessaria esset trina denunciatio. Vnde factum puto, vt respondens Tribonianus ad propositam quæstionem non sit ausus dicere, quod dicendum erat, vt accommodata esset responsio, Conuentionem valere, sed tantùm Venditionem non valere, quod verum quidem est, si ponas trinam denunciationem non pręcessisse, at nō absolutè, id est etiamsi trina denunciatio præcesserit, quod tamen admittendum

omnino esset si conuentio valeret, Cùm non similiter è contrario dici possit, valere conuentionē ob id solùm quòd venditio nulla sit. Non enim ideò nulla est, quòd facta sit aduersus conuentionem, aut vt loquitur Tribonianus vt pactioni stetur, sed vt non tam facilè iniuria fiat debitori permissa pignoris distractione & ipsius quoque proprietatis alienatione citra vllam interpellationem. Nec defuerunt, vt puto ex antiquis interpretibus qui hoc ipsum viderint, quod nos nunc docemus. Illi saltem qui in illis verbis *& certum est nullam esse venditionem* maluerunt pro *venditionem* legere *conuentionem*, vt refert Accursius. Qua tamen lectione admissa, nō possent explicari verba illa sequentia *vt pacti onstetur*. Repugnarent enim præcedentibus, & implicarent contradictionem, quod ipsum esset absurdius, quàm quod à Triboniano factū volumus, vt malè addita sint, & nullo nisi planè falso sensu. Melius ergo est, vt Triboniano adscribantur, cui solemne est inutiles & superuacuas quæstiones prudentum responsis interserere, & ad eas malè ac per ambages & circuitus respondere. Hoc verò faciliùs credent ij, quibus persuasum erit, eiusdem Triboniani manu & inscitia corruptum esse aliud Marciani responsum quod extat in eiusdem *legis §. præcedente*, De quo alibi scripsimus.

ERROR QVINTVS.

De pacto de non alienando, quod quis adhibuerit in traditione rei suæ. Ad l. si ita quis 135. §. ea lege De verb. oblig.

SICVT errant interpretes omnes in eo, quòd putant Pactum de non alienando quod annexam habeat conuentionem pignoris, vel hypothecæ, tantam vim habere, vt impediat alienationem, translationémque dominij, Ita & contrario errore labuntur in eo quòd volunt, Nulla interueniente conuentione pignoris vel hypothecæ inutilem esse pactionē de non alienando siue per stipulationem fiat, siue per pactum, etiamsi quis illam adhibuerit in traditione rei suæ. Sic enim Castrensis ad *l. si ita quis 135. §. ea lege D. de verb. oblig.* vbi & cæteri idem notant, Moti ex eo potissimùm Scæuolæ responso, In cuius specie proponebatur ea lege donatum esse Titio à Seia seruum & traditum, vt ne ad fratrem eius, aut filium, aut vxorem, aut socrum perueniret, Déque ea re stipulante Seia Titium spopondisse. Post biennium verò Titium heredes reliquisse Seiam ex parte, & ex alia parte fratrem suum, cui ne seruiret expressum erat stipulatione: Quærebatur an Seia cū fratre eodémque coherede ex stipulatu agere posset. Respondit Scæuola, posse in id quod eius interesset. Nimirū, inquiūt, quasi facta aduersus conuentionē alienatione per institutionē, per quā effectū est vt serui donati & traditi dominium ad fratrē pro parte peruenerit, ad quē noluerat Seia vllomodo peruenire. Non ergo potuit ea prohibitio facere vt serui alienatio, dominiíque translatio impediretur. Sic enim Castrensis supradicto loco ratiocinatur, Addens id quod interest in illa specie nihil aliud esse quā ipsi serui æstimationem. Ex *not. in l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* Et posse tamen etiā isto casu Seiam agere condictione ob causam ad ipsam dimidiam serui, & eam consequi cùm frater coheres habeat eius restituendæ facultatem *l. ea lege 3. Codic. de condict. ob caus. dat.* Quòd si non haberet restituendi facultatem, adhuc

Digitized by Google

adhuc tamen futurum vt posset agere dicta conditione, sed ita vt ad id quod interesset, condemnari reum oporteret. In quibus autem vix quicquam est, quod probare possim. Illud enim primùm falsum est, quod vult Castrensis, Non esse maiorē vim pacti adhibiti in traditione rei propriæ ad impediēdā alienationē, quàm si extra eam causam adhibitum esset. Primùm quoniam obstat quod generaliter à Caio scriptum est *in l. traditionibus* 48. *De pact.* In traditionibus rerū quodcunque pactum sit manifestissimum esse id valere, Id est non adhibita ea distinctione quam adhibet Bart. *in d. l. 3. C. de condict. ex leg.* an per pactum illud agatur de reseruando in re aliquo iure præsenti, an in futurum: Adeóque nec illa quæ tamen longè maiorem rationem habere videretur, An esset vtile pactum tradenti ipsi an inutile? Cùm ea quæ nobis vtilia non sunt, acquirere quidem non possimus, sed retinere tamen & nobis habere possimus *l. ei fundo pen. D. de seruit.* quam ita conciliare soleo cum *l. quoties* 15. *eod. tit.* Ratio huius iuris elegans est, nec obscura, quòd alioqui deciperetur is qui rem suam non aliter traditurus fuit *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* quam legem proinde malè explicant qui cum Bartolo restringunt eam ad casum illum quo intersit paciscentis. Etsi enim tùm maximè pactum seruandum est cùm ex aliqua causa quæ & honesta & iusta sit, interest paciscentis, vt *in l. venditor* 13. *D. commun. præd.* hoc ipso tamen satis interest, quod omni casu potest is qui pactus fuit dicere se non aliàs rem suam fuisse alienaturum *d. l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit.* nec arctandus est, vt dicat quánam alia de causa putet sua interesse: quomodo in specie licèt dissimili ratiocinatur Vlp *in l. 4. in fin. D. ad SC. Trebel.* Deinde quia pactum quod quis adhibet in traditione rei suæ, licèt nulla stipulatione vestiatur, non ideò tamen magis nudum dici potest, cùm vestitum sit, & munitum traditione, vt loquitur *l. vlt. C. de rer. permut.* quod tamen extra rei traditionem interpositum prorsus nudum esset, ac inefficax etiam ad agendum, nedum ad alienationem quod difficilius est, impediendā. Imò verò potentius est in rei propriæ traditione adhibitum, quàm si vinculo stipulationis firmatum proponeretur. Nec enim addita stipulatio posset sola impedire alienationem, quam impedit pactio à domino citra stipulationem interposita in traditione rei suæ. Postremò, quoniam alienatio cùm nihil aliud sit quàm dominij translatio *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis* 28. *D. de verb. signif.* nunquam aliter fieri potest, quàm si eius qui purè & absolutè dominus est voluntas concurrat cum voluntate illius qui rem alienam sibi vult acquirere *l. per seruum* 37. *§. vlt. D. de acquir. rer. dom.* Atquin is qui à domino rem emit ea lege ne alienare vnquam eam posset, sicuti non aliter quàm ex venditoris sui voluntate factus est dominus, Ita nec se aliter dominum dicere potest, quàm si voluntatem prioris domini sequatur: quæ porrò etiam mutato dominio eadem semper manet, nec ob id minùs durat, quòd nouum dominum res acceperit, cùm ab initio prima illa alienatio certam legem habuerit, quæ facto emptoris citra voluntatem primi alienatoris nō potuit immutari *d. l. ea quidem* 5. *C. si mancip. ita fuer. alie. l. vero procuratori* 12. *§. pen. D. de solut.* Consequens igitur est, vt primo emptore contra legē sibi dictā postea rem illam alienante, voluntas prioris domini deficere videatur, quā tamen omnino interuenire necesse est, vt dominus fuisse dici possit emptor, qui posteriori venditioni contra legem prioris suam voluntatem accommodauit. Dominium enim quodlibet vbi certis legibus acquisitū fuit, iisdē etiam legib. seruandū est, & ipso quoque inuito domino retinendum. Et verò si domino nō licet rei suę dominium abiicere tametsi maximè id velit, nisi quod suum est

habeat pro derelicto *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acquir. poss.* quantò difficilius ei esse debet vt dominium certis legibus à se acquisitum aliis legibus retineat, quàm quibus illud comparauit? Quòd si nec retinere potest, quantò difficiliùs alienare? Sed & falsum illud est, quod Castrensis putat probari ex supradicto Scæuolæ responso *in d. l. si ita quis 135. §. ea lege De verb. oblig.* alienandi prohibitionem factam à domino etiam in traditione rei suæ, adeóque interueniẽte stipulatione non impedire alienationem: In illa námque specie nihil aduersus conuentionem fecerat Titius, qui cum Seia donatrice fratrem eiusdem Seię heredem scripserat, cùm verbis stipulationis non esset prohibita heredis institutio, quę nec prohiberi expressim potuisset, iure scilicet publico resistente, talésque conuentiones improbante *l. cum duobus 53. aliàs l. si fratres §. idem respondit societat. in D. pro socio l. posthumus 6. §. 1. D. de inoff. testam. l. pactum quod dotali 15. C. de pact.* Porrò, herede instituto fratre Seiæ fieri non poterat, vti ne ad eum perueniret seruus cum vniuersitate bonorum, cum qua certum est etiá illa transire, quæ alioquin alienari etiam per legem prohibentur *l. quædam 62. D. de acq. rer. domin. l. in modicis 24. D. de contr. empt. l. 1. D. de fund. dotal.* Itaque non tam mirum videri debet cur in illa specie permittatur alienatio quæ per stipulationem in traditione appositam generaliter prohibita videbatur, quàm cur per eiusmodi institutionem quam & licitam esse & impediri non potuisse dicimus stipulatio committatur. Ratio tamen responsi huius hæc est, quòd condicionis & stipulationis verba non tam ad ius quàm ad factum relata proponebantur, cùm conuenisset ne fratri Seiæ aut alij vlli ex iis qui stipulatione comprehensi erant, seruus ille seruiret quem Titio Seia donauerat. Seruire siquidem facti est non iuris, Seruum autem esse, iuris non facti, vt aliàs docuimus. Proinde si conuenisset in tradendo seruo, qui donabatur, ne fratris seruus vnquam fieret, difficiliùs admitterem, vt per institutionem à Titio factam fratris Seiæ, commissa dici posset stipulatio, quia iuris ratio seipsam tueretur, ne quid contra ius conuentionis factum dici posset, quæ tamen factum impedire nequit, nec facere vt verum non sit contra stipulationem fecisse donatarium, qui instituendo fratrem Seiæ, effecerit, vt pro ea saltem parte, quæ ad fratrem ex institutione peruentura esset, donatus seruus ei seruiret: Præsertim cùm etiam supposita institutione ac Titianæ hereditatis aditione, possit adhuc pater efficere, aut per fratrem heres Titij ne stipulatio committatur, id est ne seruus à Seia donatus, fratrique Seiæ pro parte acquisitus, fratri tamen seruiat, Curando nimirum, vt eum statim frater Seiæ vendat, alióve modo alienet, tradátque, aut sibi ipsi Seiæ aut alteri cuilibet extra personas stipulatione nominatim comprehensas: Quid enim Seiæ posset interesse, quòd seruus ille in fratris quantumcumque prohibiti dominium peruenisset, cui tamen numquam seruitutem exhibuisset? Neque verò aduersus verba stipulationis quicquam hoc casu factum dici posset, Aliter atque si conuenisset inter Titium & Seiam ne seruus ille Titio donatus, eius seruus vnquam fieret: Quoniam in potestate est fratris quantumlibet heredis Titij ne seruus ei seruiat, Non etiam illud ne sit seruus eius, quia illud facti hoc iuris est, vt diximus, In potestate autem cuiusque est facti licentia, non autem potestas iuris. Cæterùm si Titius non per institutionem, sed per venditionem aut quam aliam speciem alienationis, seruum hunc in fratrem Seiæ transtulisset, faterer equidem perinde commissam esse stipulationem, At non propter secutam alienationem, quæ hoc casu haud dubiè per conuentionem in traditione appositam impediretur, Sed quia condicione ad factum relata

non

non eo minùs verum esset fratri Seiæ hunc seruire, quamuis seruus fratris effectus numquam fuisset: atque ita factum esse aduersus stipulationem qua conuenerat, non vti ne hic seruus fieret vnquam seruus fratris Seiæ, sed ne vnquam ei seruiret. Quid enim vetat seruire quem etiam ei cuius non sit seruus? Quod autem tertio loco Castrensis addit in specie *d. §. ea lege* id quod interest Seiæ nihil aliud esse quàm ipsius serui æstimationem: Ex not. *in d. l. ea quidem*, multò minùs defendi potest. Id enim quod interest sicuti egreditur aliquando rei precium *l. in interdicto 6. D. vnde vi l. 1. D. de action. emp.* ita plerumque minus est iusto precio rei, Cùm quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistat *vn'g. l. quatenus 24. de regul. iur. l. vlt. De prætor. stipul.* Et quamuis non possit negari quin eius intersit, cuius voluntas offenditur, vt idem Castr. ratiocinatur *ad d. l. vl. C. de pact. int. empt. & vend.* Non ideò tamen sequitur tanti eius interesse quanti res est si non aliunde probetur, In quo ille erravit. Neque verò aut *in d. l. ea quidem*, aut alio vllo iuris loco quicquam est, quo contrarium probari possit. Sed Castrensem in hunc errorem egit illud præcipitem quod statim subiicit posse illo etiam casu agere Seiam condictione ob causam ad dimidiam partem serui, eámque dimidiam consequi, cùm frater coheres habeat, inquit, eius restituendæ facultatem *ex l. ea lege 3. C. de condict. ob caus. dat.* quod tamen æquè falsum ne dicam stultum est, vt ex iis apparebit, quæ sequenti capite de sententia *d. l. 3.* fusiùs tractaturi sumus. Est enim illa lex clauis, vt loquuntur, totius huius disputationis. Illud tamen hîc addere necesse est, ne quid ex iis quæ hac de re Castrēsis tradidit prætermittamus, Esse multò improbabilius, quod idē subiicit, In ea specie quam tractat Scæuola, si non habuisset frater Seiæ facultatem restituendi pro parte serui, adhuc tamen perinde futurum, vt condictio Seiæ danda esset, at ita tamen vt ad id quod ipsius interesset, duntaxat condemnari fratrem eundémque Titij coheredem oporteret. Quis enim vnquam audiit in condictionibus quæ ad dandum competunt condemnationem fieri ad pecuniam? quod vtique proprium ius est obligationum faciendi *l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic.* Non nego id quod interest peti aliquando per condictionē, sed incerti non autem certi, vt docuimus in superioribus, Id est per actionem ex stipulatu, & quæ ex contractu competat, non ex distractu aut ad negotium distrahendum. At imperatores *in d. l. 3. C. de condict. ex leg.* non de incerti condictione loquuntur, sed de condictione certi, & quæ non tā ex contractu quàm ad distrahendum negotium danda sit, quomodo in condictione indebiti loquitur Caius *in l. 5. §. is quoque D. de oblig. & act.* Sunt enim simillimæ condictiones indebiti & ob causam dati causa non secuta, itémque ob turpem vel iniustam causam, & ex eodem propemodum fonte nascuntur.

ERROR SEXTVS.

De sententia & ratione l. ea quidem 5. C. mancip. ita fuer. alien.

SED dicēdū nobis aliquid est latiùs de sententia & ratione *d. l. ea quidē 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* Probat enim duo quæ valde pugnāt cū sententia Bartoli *ad d. l. 3.* & ex quib. non facilè se euoluere Bartolus potest. Primùm illud probat, conuentionis & probationis adhib. tæ

in traditione serui venditi, De seruo illo numquam manumittendo, vt etiamsi manumittatur millies de facto, perduci tamen ad libertatem numquam possit. Alterum quod ea lege probatur illud est, Non eò magis tamen committi pœnam, si qua sit addita condicioni non seruatæ, Cùm è contrario Bartoli sententia sit, Non posse per huiusmodi prohibitionem impediri alienationem, & tamen in arbitrio & potestate emptoris esse, an ob non seruatam condicionem velit consequi pœnam, aut id quod sua intererit. Ac posteriorē quidem dubitationem ita diluit Bartolus, vt dicat, Committi non posse pœnam in illa specie, quia non tam de facto manumittendi, quàm de effectu manumissionis fuit cogitatum. Cui non dissimiliter notat *ad d.l. ea quidem*, Non sufficere de facto cōtrà fieri ad pœnam committendam. Sed quod ad posteriorem difficiliùs se extricat, nec aliud habet quod dicat, quàm quod dicere solet ac facere, cùm laborat in pluribus iuris locis qui pugnare videantur conciliandis, vt legem quæ de libertate loquitur, restringat ad eum præcisè casum, quo prohibita sit datio libertatis, aliúdque iuris constitui velit, si non libertatis datio, sed alienatio quælibet alia prohibita inueniretur. Dissimilitudinis tamen huius, ne putes eum loquentem obmutescere, rationem illam adfert, quòd manumissio non sit actus reiterabilis, cùm semel data libertas retractari & reuocari numquā possit *§ si is qui Inst. de eo cui libert. caus. bon. addic. l. 1. & tot. tit. C. si aduers. libert.* Ideóque, inquit, difficiliùs permitti potest. At venditio & alia quælibet alienatio serui aut alterius rei cuiuslibet alienari prohibitæ reiterabilis est, Ergo & faciliùs, inquit, permittenda. Sed suauiter & eleganter Castrensis *ad d.l. 135. §. ea lege De verb. oblig.* notat hanc rationem diuersitatis non valere vnam festucam, quia imò maiori ratione deberet valere alienatio in casu contrario fauore libertatis. Et sanè ita est. Absurdúmque planè fuerit deterioris condicionis hac parte libertatem esse, ob id quòd debeat esse melioris. Neque tamen habet idem Castrensis noster melius quicquam quod proferat: Vt videre est ex iis quæ tradit ille *ad d.l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* vbi concludit illud ipsum quod Bart. *ad d. l. ea lege*, Per pactum posse manumissionem impediri, quia libertas est irretractabilis *ex d.l. ea quidem.* Non etiam cuiuslibet alterius rei alienationem *ex d.l. 3. C. de condict. ob caus. dat.* Indéque etiam infert cum Bart. *ad d.l. 3.* Si conuenerit ne locus qui venditur fieri religiosus vnquam possit, impediri huiusmodi pacto religionem, quia locus semel factus religiosus ad humanos vsus redire postea, & in commercium venire numquam potest. Alioqui si Bartoli traditionem non pluris ille quàm festucam faciebat, rationem aliquam adferre debuerat cur dationem libertatis faciliùs admitteret per pactum impediri posse, quàm aliam quamlibet alienationem. Nec sanè tam falsæ & absurdæ diuersitatis ratio vlla reddi potest. Fateamur ergo quod manifestè scriptum rescriptúmque est *in d.l. ea quidem*, Per pactum in mancipij venditi traditione appositum etiam citra stipulationem impediri dationem libertatis, neque libertatem à cæteris rebus hac parte distinguamus, sed quòd in libertate quæ tantopere fauorabilis est rescriptum legimus ad alias res multò minùs fauorabiles vltrò extendamus. Nam etsi de libertatis datione lex illa loquitur, ipsa tamen legis verba probant euidentissimè non speciali aliqua ratione libertatis motum fuisse Imperatorem Gordianū, vt ita rescriberet, sed generali illa quę non minùs cæteris rebus quàm libertati conuenit, quod condicio quæ personæ venditæ cohæsit immutari facto eius qui ea lege comparauit, non possit. Immutaretur autem si contra eam legē secuta manumissio libertatem daret, aut alia quælibet alienatio dominium trāsferret.

Digitized by Google

ferret. *Nec tamen* inquit Gordianus *pœnæ exactio, si qua addita est condicioni non seruatæ iustam exigendi tributi causam.* An quia non tam de facto quàm de rei effectu cogitatum fuerit, nec sufficiat contrauenisse de facto ad committendam pœnam? vt vult Bartolus. Minimè gentium, sed quia, quod nemo obseruat, licèt postremis eiusdem legis verbis expressum sit, non ad factum personæ emptoris relata erat condicio, sed ad ius. Ita scilicet concepta lege & condicione venditionis, Non vti ne seruus qui vendebatur manumitteretur, sed vti ne ad libertatem perduceretur: Inter quæ hoc interest, quod manumittere facti est. Ad libertatem verò perducere magis quàm facti, Non quòd ad libertatem perduci quis possit sine manumissione, sed quia manumissio modus est medium quo ad libertatem perduci quis possit sine manumissione, sed quia manumissio modus est & medium quo ad libertatem perduci quis potest, Datio autem ipsa libertatis effectus est manumissionis. Aliud ergo rescripsisset Gordianus si manumittentis factum verbis legis & condicionis in contractu adhibitæ demonstratum fuisset, id est, si venditor qui per literas venditionē fecerat, quomodo fieri possunt contractus omnes qui consensu solo perficiuntur, ita in literis scripsisset, *Vendo tibi Stichum meum, sed ea lege ne eum manumittas.* Sic namque concepta lege venditionis, perinde quidem datio libertatis impediretur tanquam contra legem contractus facta manumissione, sed tamen hoc esset dissimile quod non æquè pœna condicioni non seruatæ dicta non committeretur: Quoniam imò verò committi eam dicendum esset, quia negari non posset quin per eiusmodi manumissionem quamuis inutilem factum esset aduersus conuentionem per quam de non manumittendo cautum erat: Quemadmodum nec illud negari potest quin ad committendam pœnam sufficiat contrà fieri de facto vt constat *ex l. nuda 5. C. de contr. & commit. stipulat.* de cuius sententia fusiùs aliàs scripsimus, Nimirum quia condiciones omnes sunt facti & in facto non in iure consistunt *l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. l. in facto 60. D. de condic. & demonstr. l. mulier 20. §. 1. D. de condic. instit.* Idque est quod sequitur in rescripto illo Gordiani, *Qua igitur ratione te potuerit reuocare ad officium procuratoris is qui eam legem venditioni dedit perspici non potest cùm nec in priuatorum contractibus fiscus se interponere debeat, & literæ ad te missæ personæ factum, si non ipse manumiseris nō contineant.* Sensus enim est, Duplicem venditoris errorem in ea specie fuisse qui emptorem in ius vocauerat ad procuratorem Cæsaris, vt pœnæ venditionis legi additæ condemnationem extorqueret, Eiúsque duplicis erroris duplicem quoque rationem Gordianus affert, sed cuiusque suam propriam, Prioris quidem illam quòd Procurator Cæsaris non cognoscat, nisi inter fiscum & priuatos *l. 2. C. si aduers. fisc. l. 1. & tot. tit. C. vbi caus. fiscal.* fiscus autem in contractibus priuatorum se interponere non debeat. Posterioris verò hanc ipsam quæ à nobis suprà iam allata est, quòd literæ per quas facta erat venditio missæ à venditore ad emptorem non personæ factum continerent, sed ius ipsum libertatis. Nam vt habent prima legis verba, Non eam legem venditio mancipiorum acceperat ne ab emptore manumitterentur, vt malè putat Bartolus, sed ne ad libertatem perducerentur. Illa enim quæ in lege sequuntur *etiamsi manumittantur* non conuentionis verba sunt, sed Imperatoris, monentis ita vti diximus. concepta lege venditionis, Ne serui ad libertatem vnquam perducerentur, non posse illos libertatem nancisci tametsi millies manumittantur. Potestate scilicet conuentionis potestatem manumissionis impediente. Cæterùm si literæ ad emptorem missæ factum personæ continerent, quomodo vtique continerent, si

Digitized by Google

in literis venditoris ita scriptum fuisset *si non ipse manumiseris*, haud dubiè dicẽdum esset pœnæ petitionem & exactionem venditori aduersus emptorem cõpetituram, propterea quòd etiamsi manumissio inutilis fuisset, nec magis perductus esset seruus ad libertatem quàm si manumissus non fuisset, Emptor tamen contra legem sibi & venditioni dictam fecisset hoc ipso quò seruum hunc de facto manumisisset. Itaque verba illa *si non ipse manumiseris* non sic accipienda sunt quasi sint Imperatoris exceptionem aliquam per parenthesim excipiẽtis, sed tanquam verba quæ in literis venditoris addita fuisse oporteret vt per eas factum personæ emptoris demonstratum videri posset. Quod non intelligens Accursius, vt nec ferè aliud quicquam ex iis quę ad hanc legem scripsimus, mirum est quantum se non exerceat modò, sed etiam torqueat in vera leg's sententia & lectione assequenda. Idque ex ipsius glossis tam apertum est, vt in eo diutiùs hærere nos minimè oporteat. Præsertim cùm nugatur nescio quid de literis à procuratore Cæsaris ad emptorem scriptis. Quòd si durior videatur quæ à nobis allata est interpretatio eorum verborum *si non ipse manumiseris*, quia certè donatio facta etiam cum lege non manumittendi, non solet fieri hac formula *dono tibi si nõ ipse manumiseris*, sed ea potiùs *dono tibi ita vt ne manumittas*, aut impersonaliter nulla persona demonstrata, *ita vt non manumittatur*, facilè consentiemus nos vt ea verba non tantùm parenthesi, sed omnino circumscribantur tanquã ab aliquo imperito interprete addita, qui cùm existimaret vẽditionem mancipiorũ ita factam ne ad libertatem perducerentur, sic accipiẽdam esse acsi conuenisset ne manumitterentur, non aliter potuit videre qua ratione verum esse posset quod habebat postrema legis clausula eiusmodi conuentione factum personæ non contineri, quàm si poneret conuenisse, vt nec ab emptore ipso nec ab alio vllo manumitterentur, Quo casu manumissione ab alio facta non posset teneri emptor primus ad pœnam ex facto secundi, si non ipse primus emptor manumisisset, quia non tam primi emptoris quàm manumittentis factum supradicta conuentione demonstratum esset. Erit autem coniectura probabilior si ex postremis illis verbis *non continent* demas negationem quam in veteribus plerisque libris defuisse testatur Accursius. Bona enim ratio fuerit, si quis dicat non ex manumissione qualibet, id est etiam ab alio facta committi posse pœnam à primo emptore promissam, si non emptor ipse manumiserit, quandoquidem verba supradicta factum continent eius personæ quę manumittit non alterius. Vtrumque sit liquet mihi de legis sententia, suspicórque facillimè hæc verba *si non ipse manumiseris*, quæ Accursius intacta reliquit cùm præcipuè interpretationem aliquam exigerent, in Accursij Codice defuisse.

ERROR SEPTIMVS.

De sententia & ratione l. ea lege 3. C. de condict. ob caus. dator.

VNICVS in toto iure nostro hic locus est quo mouentur vulgo interpretes omnes, vt putent prohibitionem alienationis inter viuos factam etiam in traditione rei propriæ non impedire dominij translationẽ. Tractant Imperatores de donatione in duos collata, vt neutri alienandę suę portionis facultas vlla cõpeteret.

Id

Digitized by Google

Id efficit, inquiunt, ne alteruter dominium prorsus alienet, aut vt donatori vel heredi eius si condicio seruata non fuerit, condictio quæratur. Quod interpretes sic accipiunt, quasi alternatiua sit, duásque partes habens legis sententia, Priorem illam vt dominij alienatio prorsus impediatur. Posteriorem verò, vel vt ob non seruatam legem donationis condictio danda sit donatori vel eius heredi. Inde nimirum statim quærunt, vtra pars huius alternatiuæ sit vera. Supponunt enim fieri non posse vt vtraque vera sit, quod ego admitto equidē cùm alternatio & disiunctio posita est inter contraria, vel contradictoria. Sed non si inter diuersa tantùm, vt in proposito. Quid enim, obsecro, vetat vtrumque verum esse, vt pactum hoc donationi insertum & dominij translationem impediat, & donatori acquirat condictionem? Hoc autem supposito vt huius alternatiuæ vna tantùm pars vera esse possit, sicque concepta quæstione vtra illa sit, Non dubitat Accursius nec post eum Bartolus, quin posterior pars vera sit, prior falsa. Itaque concludunt verum non esse, quòd habet prima pars legis hanc cōuentionem efficere ne alteruter donatariorum dominium prorsus alienet. Magis enim probant vt tali conuentione dominij translatio non impediatur: Sed ex hac causa condictio donatori acquiratur. Mouentur autem vt ita sentiant, duplici ratione: Prima illa quod Imperatores in hac lege dant condictionem donatori, quam tamen certum est numquam posse dari domino nisi contra furem *l. vlt. D. vsufr. quem. cau. §. sic itaque. Inst. de action.* Ergo, inquiunt, vel ex eo solo apparet concludentissimè translatum fuisse in illa specie dominium, & à primo in secundum, & à secundo in tertium. Altera ratio est, quòd sicuti nulla vis est pacti nudi ad transferendum dominium nisi traditio interueniat *vulgat. l. traditionibus 20. C. de pact.* Ita & multò magis fatendum sit non posse fieri per pactum vt dominium quod à donatore per traditionem abscessit ad eum recurrat ipso iure in casum contrauentionis citra nouam traditionem, Nec rursus vt impediatur transire in secundum acquisitorem cui ex iusto titulo tradita res proponatur. Non defuerunt tamen qui dixerint post Rofr. & Iacob. de Rauenna, quos Accursius & Bart. referunt, Imò verò priorem supradictę alternatiuæ partē verā esse, posteriorē falsam, Id est ex cōuentione qua de agimus omni modo impediri alienationem dominij, & idcirco donatori condictionem dari non posse nisi fortasse possessionis, moti in hanc sententiam vnica illa ratione, quòd nihil intersit an alienatio prohibita sit à testatore, an à lege, an à contrahentibus *ex l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* in qua Iustinianus noster constituit vt omnibus his casibus non tātùm dominij translatio quælibet impediatur, sed etiam actus omnis per quem possit ad alienationē siue in totū siue pro parte perueniri, puta constitutio vsusfructus, aut alterius seruitutis, emphyteusis, datio pignoris aut si quid aliud præterea tale est. Omnium istorum communis error duplex est. Prior in eo quòd putāt & consentiunt huius legis sententiā sub disiūctione & alternatione accipiēdā esse. Posterior in eo quòd admittūt alterutram rescripti partem falsam esse: quod vtrūque non modò falsum, sed etiam absurdum ineptúmque est, siue legis verba inspicias, siue mentem & dignitatem Imperatorum. Nec enim sic Imperatores scribunt *id efficit vel ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel vt donatori &c.* Sed absolutè, simpliciter, & præcisè hoc modo, *id efficit ne alteruter vestrûm dominium prorsus alienet.* Quibus verbis negari non potest, quin dominij translatio præcisè districtè ac omnimodo prohibeatur. Nec quod sequitur, *vel vt donatori &c.* alternatiuam facit, vt malè hucusque interpretes omnes existimarunt.

Digitized by Google

Sensus enim idem est acsi apertiùs nec tamen aptiùs scriptum esset *alioquin donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit condicio seruata, quæratur.* Vt intelligamus duplicem huius conuentionis effectum esse, sed posteriorem priori consequentem. Priorem illum vt impediat omnino alienationem & translationem dominij, Omnino, inquam, & *prorsus* vt lex loquitur, id est ita vt nec de facto alienare liceat, & id facere per quod induceretur translatio dominij si prohibita non esset. Nam *prorsus non alienare* nihil aliud est, quàm *nullomodo alienare. Nullomodo* autem *alienare* nihil aliud, quàm *ne quidem de facto.* Posteriorem verò de quo in secunda rescripti parte, vt alioquin, hoc est secuta contra pactionem alienatione condictio donatori danda sit, vel eius heredi ad auocandam rem malè maláque donatarij fide alienatam. Non quasi factum sit aduersus conuentionem in eo quòd translatum sit iure dominium de quo conuenerat ne transferri vllomodo posset, Sed quia dubitari nequeat quin aduersus conuentionem fecerit donatarius, qui quantum in se fuit portionem suam alienauit & tradidit, aut vendendo eam, aut donando, aut permutando, licèt ob prohibitionem non habuerit effectum traditio, nec secuta sit dominij translatio ex qua potissimum æstimatur alienatio *l.1.C.de fund. dotal.* & quæ si nulla interuenisset prohibitio sequi ex traditione omnimodo debuisset. Vtraque igitur pars rescripti vera est. Huiusmodi pactione duo fieri, Et vt alienatio, dominiique translatio impediatur, Et vt si contra legem donationis aliquid factum sit, condictio rei donatæ donatori accommodetur. Ille tantùm scrupulus superest, quem interpretes nostri vel non viderunt, vel excutere non potuerunt, Quomodo fieri possit vt & alienatio impediatur, & condictio tamen detur, quasi non impleta donationis lege, quæ illa tantùm fuerat ne res alienaretur. Sed iam dixi, conuentionem illam ita esse accipiendam, vt non ad ius duntaxat, sed etiam ad factum referatur, id est vt non tantùm illud inspiciendum sit, an alienatio iure facta sit vt transferri ex ea dominium potuerit, [hoc enim sensu non secuta propter prohibitionem translatione vlla dominij nihil contra prohibitionem factum videri posset, quoniam alienatio effectum non habuisset.] Sed illud potissimùm & maximè, An saltem de facto alienata sit res de qua conuenerat, vt prorsus non alienaretur, id est, ne quidem de facto. Puniendus enim est hoc casu non tam effectus quàm affectus donatarij, qui negare non potest quin perfidè egerit fidémque donatori suo datam fregerit in eo quòd fecit quantum potuit, vt rem sibi sub lege & condicione non alienandi donatam, vltrò alienaret, plus facturus & perfecturus si potuisset. Quidni ergo pœnam eandem sentiat, quam sentiret si perfidia effectum habuisset? Sufficit igitur vt de facto alienauerit, aut vt melius dicam ad actum factúmque alienationis peruenerit, quamuis alienatio id est dominij translatio verè iuréque secuta non sit propter obstaculum prohibitionis. Sed quid, rogo, absurdius, quàm quod nostri volunt interpretes, Tam ineptè rescriptum fuisse ab Imperatoribus, vt in dubio & suspenso reliquerint, vtram ex duabus responsi partibus veram putarent: Et vt partes duas fecerint quarum alterutram falsam esse necessarium esset, cùm & aptiùs & commodiùs vnica eáque verissima sententia concludere legem potuissent? Restat vt ad Accursij & Bartoli hoc est cæterorum interpretum omnium rationes respondeamus, in quo nihil erit operæ. Nam quòd aiunt condictionem numquam dari domino nisi contra furem, In proposita verò specie dari eam donatori, Hoc tantùm probat, Donatorem de quo in hac lege agitur non esse dominum rei à se donatæ, ac postmodum à donatario contra pactum donationis alienatæ. Nisi do-

si dominus esset, vtique condictionem non haberet, sed vindicationem, quam tamen certum est eum non habere. Quis verò vnquam dixit, Conuentionem illam donationi dictam, Ne donatarius rem sibi donatam vllomodo alienet posse facere, vt impediatur translatio dominij rei donatæ in donatarium? Imò verò dicimus & omnes consentiunt, Ex donatione quæ talem legem habeat, & quam traditio secuta sit perinde transferri dominium à donatore in donatarium, & quidem statim ab ipso instanti traditionis, acsi purè facta esset donatio. Non.n. lex donationi dicta facit donationem condicionalem, vt vim & potestatem eius suspendat, quantum ad hoc ne dominium transferatur in donatarium, Quomodo certè non transferretur interim si donatio pēderet *l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* Sed tantùm afficit personam donatarij, vt contra eam legem donationis facere nihil possit. Alioqui condictio danda sit donatori *l. 2. C. de condict. ob caus. dator.* Neque rursum dicimus eā esse vim & potestatē huius conuentionis etiāsi in re tradenda interueniat, vt ipso iure dominium redeat ad donatorem à quo per traditionem abscesserat: quod tamen supponit secunda ratio Accursij & Bartoli quam sumunt illi *ex d. l. traditionibus.* Sed hoc tantùm contendimus, Nō posse donatarium qui ea lege donationem accepit facto suo condicionem illā immutare, quæ ab initio & acquisitioni dominij & eius personæ cohæserit, vt loquitur *l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* de cuius sententia superiore capite scripsimus, iunct. *l. 2. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Quamquam illud etiam fatendum est competere donatori cui fidem rupit donatarius non tantùm condictionem, sed etiam vindicationem, nō quidem directam, id est ex iuris ratione, sed vtilem, id est ex æquitate ab Imperatoribus inductam, vt constat ex *l. 1. C. de don. quæ sub mod.* Fauore scilicet donatoris quem inhumanum sanè est decipi per eius perfidiam in quem vltrò contulit liberalitatem. Itaque non negamus transiisse dominium absolutè & in perpetuum in donatarium, quia dominium neque ad tempus neque sub condicione in alium transire vnquam potest, Sed negamus à donatario in alium & tertium acquisitorem transire vnquam potuisse propter vim & potestatem prohibitionis factæ in ipsa rei traditione. Quare nō est quod miretur quis aut nobis obiiciat quod lex ait, Non seruata condicione donationis, competere donatori cōdictionē, nō vindicationē. Quonā.n. iure posset vindicatio directa dari ei qui per traditionem ex causa donationis factā dominus esse desierit? Sed non similiter possis dicere dandam condictionē primo donatario contra secundum, si fortè primus rem sibi donatā ea lege ne illā prorsus alienaret alteri rursum donauerit. Nā cū dominiū quod sibi quæsiuerat non amiserit per secundam donationem cui restitit ratio iuris ob contrariam primi donatoris volūtatē, consequens omnino est, vt si factum ei suum non noceret, vindicationem vtique aduersus donatarium suum habere is deberet non cōdictionē, quæ domino nisi contra furē nūquā datur. Neque tamē perinde cōsequens futurum sit, vt primo donatori denegāda sit condictio cōtra donatariū secundū, quia cùm verū sit nō esse illum dominū, qui rem suam ex causa donationis, licèt certa lege tradidit, non eo minùs condictionē habere debet etiā cōtra secundū donatariū quòd à primo donatario dominiū per secūdā donationē non discesserit. Non enim sicuti verum est condictionem non dari, nisi ei qui dominus non sit, ita verum est non dari eā contra alium quàm qui sit dominus. Datur siquidem contra quemlibet possessorem qui reddendæ rei habeat facultatem. Ideóque Imperatores *in d. l. 3.* sic loquuntur vt simpliciter dicant Donatori, vel eius heredi condictionem quæri, si donationis condicio ser-

uata non sit, Non adiecto vel expresso eo an contra primum an contra secundũ donatarium quia scilicet contra vtrúque competit. Quid enim eius interest qui condictionem habet, an hic, an ille possideat, cùm ex ipsius persona metiendũ sit ius actionis quã habet, non ex persona vel iure possessoris. Condicitur tamen non sola possessio, vt malè Rofredus putabat, sed res ipsa donata, vt legis verba probant.

ERROR OCTAVVS.

Si vnus tantùm ex donatariis fidem fregerit in specie d.l.3. Et an potentior sit hominis prohibitio in contractu facta, an legis.

PLus dico, in specie *dict.l.3.* Tametsi alteruter tantùm donatariorum fidem fregerit & portionem suam alienauerit, cùm conuenisset vt neutri portionis suę alienandę facultas vlla competeret, dandam esse donatori condictionem non eius tãtùm portionis, quæ contra fidem conuentionis alienata est, sed totius rei donatæ, id est pro illa etiam parte quæ nullomodo ac nec de facto quidem alienata fuit. Quoniam licèt durum & iniquum videatur ex facto vnius ex donatariis qui perfidè se gesserit erga donatorem, alterius condicionem fieri deteriorem cui nihil imputari potest, verum tamen est alienãte vno factum esse contra legem toti donationi dictam, quæ illa erat vt neutri ex donatariis alienandæ suæ portionis facultas vlla competeret. Nõ enim potest vera esse contraria propositio, Neutrum alienasse cùm alteruter alienauit, quia lex non alterutri, sed vtriq; donatario dicta fuerat, & quidem coniunctim, quod sufficit, vt vno alienante dici verè possit etiam in alterius qui non alienauit persona condicionem donationi dictam defecisse *arg.l.si is qui ducenta 13.§.vtrum vers.animaduertendum & §.seq. D.de reb.dub.* Æquius enim est vt damno afficiatur ille ex donatariis, cui nihil imputari potest, & quidem ex donatarij alterius facto, quàm vt donator decipiatur, non seruata per alterum ex donatariis donationis lege, sine qua neutri fuerat ille donaturus. *l.2.§.vlt.& l.3.D.de donat.l.vlt. C.de pact.int.empt.& vendit.* Isq; proculdubio Imperatorũ sensus est, cùm rescribunt generaliter condictionẽ donatori, vel heredi ei9 dãdã esse nulla partis facta mentione, quia nec dubitant quin totius rei donatæ condictio donatori cõpetat, etiã pro parte nõ alienata. An autem primo donatario contra secundum danda sit condictio vel vindicatio, non tractant Imperatores quia de eo nec consulebantur, nec dubitandi causa vlla suberat, cùm certi iuris esset nocere donatario debere factum suũ siue eam rem donasset alteri siue vendidisset. Maximè verò si vendidisset, cùm venditor etiã de euictione teneatur, Vulgatúmq; sit doli exceptionẽ nocere vindicanti eam rem, cuius nomine de euictione conueniri possit *vulg. l.vindicantem 17.l.Seia 73.D.de euict.* Donator enim nõ aliter euictionẽ prestare cogitur, quã si vel eã promiserit, vel sit in dolo *l.1.C.de iur.dot.* Argumẽtum autẽ Accursij & Bartoli, supponit pro vero, id sentire Impp. vt primo donatario æquè competat condictio aduersus eũ in quẽ ipse de facto rem donatã alienauerit, atque donatori contra donatarium. Alioqui an non esset stultum probare non impediri translationem dominij à primo donatario in secundum, ob id solùm quòd donatori danda sit condictio etiam aduersus secundũ: At procederet obiectio

si ius

si ius ita esset, vt quemadmodum donatori contra primum donatarium, ita primo donatario contra secundum condictio danda esset, quia probaret ea res in necessariũ antecedens abscessisse dominium à primo donatario, cui alioquin cõdictio dari nullomodo posset contra non furem. Sed hoc sicuti verũ non est, ita neque ab Imperatoribus rescriptum. Alia verò illa obiectio, quam sumunt *ex d.l. traditionibus*, quòd pactum nudum sicuti est inefficax ad transferendum dominiũ sine traditione, ita nec possit efficax esse ad impediendã dominij translationem, nihil certè habet probabile. Nam præter id quod pactum nudum dici non potest, quod nos ponimus adhibitum fuisse in tradenda re ipsa quæ donabatur *l. vlt. C. de rer. perm. l. si dominus* 8. *D. de praescript. verb.* Nemo etiam non videt quàm sit facilius dominij translationem impediri, quàm dominium trãsferri: Nam ad dominij translationẽ non sufficit nuda voluntas domini, sed illud etiam requiritur, vt & traditio interueniat, & causa traditionis iusta, id est legitima & habilis ad dominium transferendum, *leg. nunquam nuda* 31. *D. de acquirend. rerum domin. l.* 3. *D. si vsusfruct. petat.* At verò vt dominij translatio impediatur, sufficit aliquid horum deesse, præsertim verò voluntatem dominij quę prima semper causa est dominij transferendi. Nam nec alia melior aut aptior ratio adferri potest, propter quam inductum sit ex iure gentium, vt per traditionem dominia transferantur, quàm quòd nihil sit tam conueniens æquitati & rationi naturali, quàm ratam esse voluntatem domini rem suã in alium transferre volentis *l. qua ratione* 9. *§. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* Iam autem probauimus deesse primi domini volũtatem cùm donationi eam legem dixit & donatario ne donata res alienari vnquam posset, si posteà contingat à primo donatario eam alienari contra legem donationis inuito vel inscio donatore *d. l. ea quidem* 5. *C. si manci. ita fuer. alien.* iunct *l. Lucius* 40. *§. vl. D. de fideic. libert.* Quemadmodũ è contrario si quis rẽ suã tibi donauerit ea lege vt ad aliũ perueniret, facit voluntas prioris domini, vt ad eã tuẽdam accõmodãda sit etiam secundo donatario vtilis actio etiãsi neque ipse stipulatus sit, neque donationi adfuerit *l.* 3 *C. de dona. quæ sub mod.* quamuis non tam ex iuris ratione id fiat, quàm ex illius rescripti authoritate: quia multò difficilius est, vt ex alterius voluntate & stipulatione quis agat, quàm vt dominus legem rei suę dicẽdo impediat ne inuito se transferri ea in alium quandoque possit. Quidni verò admittemus per pactum impediri posse alienationẽ volũtariam, & ordinariam, cũ fateri cogatur Bartolus ipse impediri legalem. Ex *Auth. excipitur C. de bon. quæ liber.* cùm tamen lõgè difficilius hoc videatur in legali, quàm in ordinaria, cùm priuatorũ pactiones legum authoritate non censeantur *l. pen. D. de suis & legit.* Sed tamen facilius patitur legislator vt sibi vis fiat & legibus quàm vt voluntati domini rem suam certa lege tradentis illudatur *l. venditor.* 13. *D. commun. præd. l. penul. D. de seruit.* Tantum abest vt verum sit quod vult Bartolus fortiorem esse legis quàm hominis prohibitionem. Quid quod nec in redemptionẽ captiuorũ alienari possunt res ecclesiæ, si ea lege in ecclesiam collatę sint, vt nullomodo alienentur, cùm tamen res cæteræ omnes ecclesiasticę quantumuis per solam legem alienari prohibitę, alienari ex hac causa possint, *§. sanctissimas Nouell.* 120. *De alien. & emphyt. cap.* 9. Nam quod Bartolus respondet ea ratione hac fieri quòd pactum concurrat cum condicione personæ cui prohibita est alienatio, & impertinens, & falsum est. Nulla enim lex est, quæ prohibeat ecclesiã res suas alienare in redemptionem captiuorũ. Quin id ipsũ leges omnes nõ solùm permittunt, sed etiã iubent, maximè verò Iustinianus *in d. §. sanctissimas.* Adeò

vt non desint qui putent cum Archidiacono, Etiam res ea lege donatas Ecclesię ne alienentur posse tamen alienari ex hac causa redemptionis captiuorum, si aliæ nullæ sint quæ in tam piam causam vendi & erogari possint. Quod etsi durius mihi videtur, quàm vt facilè admitti possit, Ipsa tamen ratio quam isti afferunt quòd credibile sit casum hunc à donatore præuisum non fuisse, Ostendit satis aliud eos responsuros, si lex donationis hunc casum nominatim comprehendere proponeretur. Suauis verò est Bartolus qui eo Iustinianeæ constitutionis exēplo motus addit, si quid donatum esset minori ea lege ne id alienaret, pariter sibi placere vt impediatur hoc casu alienatio propter coniunctam cum pacto potestatem legis, quæ prohibet minori rerū suarum alienationem. Quasi verò vllus sit effectus prohibitionis, cùm ei personæ facta est, quæ tametsi nulla intercederet prohibitio, tamen sola condicione suæ personę impediretur, ne rē sibi donatam ex quo sua facta esset, alienare tamen posset. Quid ergo si minor hic postea fact⁹ sit maior? Cōsequēs erit Bartoli sementię vt incipiat nō impediri propter cōuētionalē prohibitionē alienatio, cessante iam post maiorē ætatē legali prohibitione. Quo tamen quid absurdius dici potest? Ita enim fiet vt iustæ conuentionis eiúsque perpetuæ & in perpetuum tempus futurum conceptæ nō nisi tēporalis futura sit vtilitas, Cùm tamen quod minori ea lege donatum est, non tanquam minori donatum videri possit, sed tanquam amico donationē ea lege accipienti: quæ ratio per superuenientem legitimam & maiorem ætatem, neque tollitur, neque immutatur. Ex his intelligimus distinctionem, quam ad hanc legem adhibet Bartolus in illa quæstione, An per pactū prohiberi alienatio possit & translatio dominij, An scilicet agamus de alienatione extraordinaria, an de ordinaria. Et rursum si de ordinaria, an prohibitio facta sit ei cui lex non permittit vendere an alij. Et iterum hoc posteriore casu, An qui prohibuit ius in re aliquod sibi reseruauerit, aut dominij, aut hypothecæ, an nullum, Totam esse futilem & inanem, nec eius partem vllam indicari posse, quæ bona aliqua ratione nitatur.

ERROR NONVS.

De alienatione dominij prohibita per legem.

DISPVTAVIMVS de dominij alienatione prohibita per pactum siue in rei proprię traditione, siue extra traditionem adhibitū. Alius nūc tractatus est De alienatione prohibita per legē aut per testatorē. Ac quoniam de ea prohibitione, quæ per testatorē plerūq; fit ne fūdus de familia exeat, siue additum sit, vt in familia relinquatur, siue additum non sit, iam multa scripsimus lib. 15. Coniecturarū, erimus hìc libentissimè tātò breuiores. Prohibita per legē alienatione dubitandi causa prorsus nulla est quin dominij translatio impediatur, quia legis authoritas non solùm non patrocinatur alienare volenti, sed etiam resistit directò & se obiicit voluntati domini vt eam effectum habere non patiatur. Est. n. lex non solùm vnus ex modis sex transferendi iure Quiritium dominij, quos toties enumerauimus ex Vlpiano *Tit.* 19. *De acquis. rer.* sed etiam tale quid sine quo nullus ex aliis modis trāsferre dominium posset. Quid nimirum prodesset mancipatio, quid cessio in iure, quid adiudicatio, quid vsucapio, quid denique traditio ad dominium trans-

Digitized by Google

transferendum, si talis res sit quàm lex aliqua vel mancipari, vel in iure cedi, vel adiudicari, vel vsucapi, vel denique tradi prohibeat? Tractamus siquidem de dominio non quòd sit iuris gentium simpliciter in quo certè legis potestatem & authoritatem interuenire nil necesse esset, cùm ius gentium per se subsistat, nec pendeat à iure ciuili quo est antiquius, sed de dominio quiritario, id est merè ciuili & ex iure Quiritium, cuius potissima pars lex est: quæ ipsa porrò cùm sit domina & regina rerum omnium adeóque personarum quæ sunt in republica, vt ait *l. 1. D. de legibus*, quis miretur posse eam de dominio cuiusque rei pro arbitrio disponere? Hoc enim est verè dominum esse alicuius rei De ea disponendi & alienandi dominij vel non alienandi potestatem & arbitrium habere *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquirend. rer. domin. vulg. l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Et sane difficilius est casum reperire in quo prohibeatur vel cogatur is qui verus dominus est transferre dominium, si eos excipias in quibus lex ipsa impedimento est, quàm casum in quo possit non dominus dominium transferre vt constat ex *tit. Instit. quib. alien. lic. vel non.* Atqui lex sola per se potest dominium transferre, id est etiamsi neque mancipatio interueniat, neque cessio in iure, neque adiudicatio, neque vsucapio, neque traditio, vt cernere est in hereditatis & legati acquisitione *l. cùm pater 77. §. surdo l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. D. de furt. l. 2. D. de publician.* Non enim sicut cæteri omnes modi transferendi dominij indigent legis adminiculo vt sint efficaces, Ita & lex indiget alieno vllo auxilio, vt quod vult efficiat, siue imperet, siue vetet. Cùm faciat vtrumque verbis imperatiuis, quod satis est vt habeant effectum, quamuis vt puniat, quod tertium est in quo legis virtus consistit *l. legis virtus 6. D. de legib.* egeat ope & facto magistratus, quoniam vbi facto opus est virtus legis sufficere nõ potest, sed in iis tantùm quæ in iure consistunt, qualc est vt dominus quis fiat, vel fieri prohibeatur. Iuris enim illud est non facti. Eadem igitur ratione ac multò maiore dicendum est posse legis prohibitionem facere vt dominij translatio impediatur, cùm facilius sit prohibere ne quid fiat quàm facere, vt apparet ex eo quòd in pari iure melior est condicio prohibentis quàm facientis *l. Sabinus 28. D. commun. diuid.* Et verò si numquam nuda traditio dominium transfert, sed ea tantùm quæ causam habeat, & quidem iustam & legitimam, id est iuri ciuili legibúsque cognitam, puta venditionis, donationis, aut quam aliam similem *l. numquam nuda 31. D. de acquirend. rer. domin.* adeò vt nihil prosit traditam esse rem ex causa fideicommissi, quoniam fideicommissa legitima non sunt sed legibus incognita *l. qui vsumfructum 3. D. si vsusfruct. petet.* Quis dicat iustam esse posse traditionem cui ius ipsum léxque aliqua resistat? Exemplum esto in lege Iulia quæ fundi dotalis alienationem prohibebat, nisi mulier consentiret, *l. lex Iulia 4. & tot. tit. D. de fund. dotal. l. vnic. §. & cùm lex Iulia Cod. de rei vxor. act.* Item in oratione Diui Seueri & Senatusconsulto ad eam facto De prædiis minorum siue decreto non alienandis *l. 1. & tot. tit. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt.* Senatusconsulti enim authoritas retento dominio viam alienandi obstruxit, vt loquuntur Imperatores *in l. siquidem 11. Cod. eodem.* Vnde intelligimus nihil hac parte inter legem & senatusconsultum interesse, cùm Senatusconsulta vim legum habeant, licèt Senatus legem facere non potuerit sed ius tantùm quod esset vice legis *l. non ambigitur 9. D. de legib. §. senatusconsultum Institut. de iur. natur. gent. & ciuil. §. quos autem Instit. de bonor. poss.* Sed hoc quod de lege dicimus non de qualibet lege intel-

Digitized by Google

ligi debet, at de ea tantùm quæ sit perfecta, id est quæ non tantùm alienationem fieri prohibeat, sed etiam si quid contrà factum sit, id rescindat: Alioqui imperfecta lex est quæ id quod contra legem factum fuit non rescindit, Veluti lex Cincia quæ supra certum modum donari prohibet exceptis quibusdam cognatis, sed si plus donatum sit non rescindit. Aut saltem minùs quàm perfecta etiamsi pœnam iniungat ei qui contra legem fecerit, qualis fuit olim lex Furia testamentaria quę plus quàm mille assium legatum, mortisve causa capere prohibebat præter exceptas personas, & aduersus eum qui plus cepisset quadrupli pœnam constituebat, vt refert Vlpianus noster in fragmentis *Tit. 1. De legib.* Quo loco cùm nullam legis Iuliæ de fundo dotali mentionem faciat, cuius tam frequens olim vsus fuit, ex eo satis intelligimus legem Iuliam ex earum numero fuisse quæ perfectæ essent, id est sic eam latam fuisse vt non tantùm prohiberet fieri alienationem fundi dotalis, sed etiam factam rescinderet, atque ita dominij translationem impediret. Cùm enim aliquid per legem rescindi dicitur non id significamus quasi id quod contra legem factum est primùm teneat, deinde posteà rescindatur. Quomodo euenire necesse est cùm rescissio fit ab homine siue priuatus ille sit, siue iudex, aut magistratus, vt cùm centumuirali iudicio testamentum per inofficiosi querelam rescinditur, aut contractus per in integrum restitutionem. Ratio namque diuersitatis illa est, quòd natura & homo in tempore operantur, lex autem in instanti, quia nullis indiget dispositionibus præuiis, quibus homo indiget, ipsáque etiam natura ad formam in qualibet materia inducendam. Eodem itaque instanti quo aliquid fit contra legem quæ sit perfecta, lex quæ efficere nequit vt quod fit non fiat, aut vt quod factum est factum non sit, factum tamen rescindit, hoc est facit vt pro infecto habeatur, vtque nulla sit potestas facti cui iuris authoritas non solùm abest, sed etiam obest. De Senatusconsulto autem quod ad orationem Diui Seueri factum est de rebus minorum sine decreto non alienandis. Certum est ita fuisse illud conceptum vt non modò alienationem prohiberet, sed etiam si qua facta esset eam rescinderet, vt ex verbis orationis apparet, quibus nominatim continetur manere pupillo cuius prædium alienatum est actionem *d.l.1. de reb.eor.* & quidem in rem, id est vindicationem *l.5.§.penult.eod.tit.* ac proinde dominium *d.l.siquidem*, in illis verbis *retento dominio*, nec tantùm si alienatio prædij sine decreto facta proponatur, sed etiamsi cum decreto dummodò probetur obreptum Pretori *dict.l.1. & d. §. penultim.* Nec ei quod de Iulia lege diximus contrarium est quod Papinianus noster *in d l. cùm pater 77. §. qui dotale de legat. 2.* tractans de fundo dotali contra legem Iuliam vendito, sic loquitur *si mulier venditionem irritam facere vellet.* Quomodo enim, dicat aliquis, posset mulier irritam facere vēditionem, quam potestas legis irritam iam fecisset? Aut quid aliud est rescindi à lege venditionem quàm irritam fieri? Nam respondendum est ita Papinianum loqui & potuisse & debuisse, quia lex Iulia non simpliciter & absolutè rescindit alienationem fundi dotalis, sed ita demùm si mulier non cōsentiat *dict. §. & cùm lex Iulia. l.vnic. Cod.de rei vxor.act.* Est igitur in arbitrio & potestate mulieris vt ratam faciat venditionem si ei consentire velit etiam ex postfacto, Aut verò vt faciat irritam, non consentiendo, eámque impugnando. Sed hæc distinctio legum perfectarum & imperfectarum quæ vel fieri quid prohibeant ita vt factum rescindant, vel ita prohibeant vt tamen quod contrà factum fuerit non rescindatur, olim quidem obtinuit, & antè tempora Imperatorum Theodosij, & Valentiniani, vt ex supradicto Vlpiani loco clarissimè apparet.

At

At hodie sublata est per Imperatorum Constitutionem quæ extat *in l. non dubium* 5. *Cod. de legib.* qua primùm sancitum est, vt nullum pactum nulla conuentio, nullus denique contractus subsecutus videatur, si quis contraxerit lege contrahere prohibente, Vt legislatori, inquiunt, quod fieri non vult, tantùm prohibuisse sufficiat, cæteráque quasi expressa ex legis voluntate liceat colligere, hoc est vt ea quæ lege fieri prohibentur si fuerint facta non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licèt legislator fieri prohibuerit tantùm, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Adeò vt & si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est illud quoque cassum sit & inutile. Quod ius ad omnes etiam legum interpretationes tam veterum, quàm nouellarum trahi generaliter constituitur eadem Imperatorum Constitutione, vt proinde etiam Cincia lex & Furia & alia quælibet etiam ex veteribus perfecta dici debeat, nulla verò imperfecta vel minùs quàm perfecta. Etsi autem hodie ita ius est ex supradicta Imperatorum constitutione, Attamen vel ex hac ipsa constitutione intelligimus, rationem iuris ita ferre, vt sola prohibitio alienationis quantumlibet facta per legem, non possit habere vim tantam quæ impediat translationem dominij, si non etiam illud accedat, vt eadem lex rescindat quicquid contra legem ipsam factum est. Nam hodie quoque illud idem obtineret vt olim nisi noua Theodosij & Valentiniani constitutio ius contrarium induxisset. Quod cùm ita sit fatendum est parùm peritè parúmque subtiliter nostros facere, qui prohibitionem legis fortiorem esse volunt quàm prohibitionem hominis in dominij translatione impedienda. Cùm è contrario verissimum sit quod superiore capite diximus, fortiorem esse prohibitionem hominis etiam in contractu adeóque nudo pacto positam, dummodò facta prohibitio sit à domino tradente rem suam, eámque legem dicente rei suæ *l. ea quidem* 5. *Cod. si mancip. ita fuer. alien.* quod per legem ipsam licèt dominam fieri non æquè potest si steterit lex in terminis prohibitionis, nec vlteriùs progressa sit.

ERROR DECIMVS.

De alienationis prohibitione facta per testatorem, an impediat dominij translationem.

SED errant etiam in eo nostri & multò grauius, quod supponentes pro vero quod nos falsum esse ostendimus, Vt sola legis prohibitio dominij translationem impedire possit, Eandem vim & potestatem tribuunt prohibitioni factæ per testatorem, De qua *in l. filiusfamilias* 114. *§. Diui* 2. *de legat.* 1. Quòd, inquiunt, vltima testatoris voluntas sit lex eodémque proinde iure censenda, ex *§. disponat Nouell.* 22. *D. De nupt.* Nos autē contrà in hunc modum, sola legis prohibitio quātumcunque iusta dominij translationem impedire nō potest. Multò igitur minùs eam impediet prohibitio facta per testatorem quātumuis iusta esse proponatur. Hoc enim addendū est vt eam prohibitionē excludamus quæ est nuda, i. quæ cùm nullā aliā causam habeat, quàm fauorē personæ prohibitæ, nudū pceptū videri debet, potiùs quàm talis volūtas q̄ legis vim habere possit, *d. §. Diui.*

Nimirum ad hoc vt valeat prohibitio necesse est sic eam fieri ne impunè ferat prohibitus si eam negligat, sed eo nomine se obliget illi cuius fauore voluit testator prohibitam esse alienationem *l. pater* 38. *§. Iulius Agrippa de legat.* 3. Alioqui si solius prohibiti fauorem respiciat prohibitio, siue heres ille sit siue alius qui prohibitus est contemni vtique potest, non quasi vllo casu liceat ei qui ex testatoris voluntate aliquid capit, voluntatem illam violare: Sed quia permissum est cuilibet ea negligere quæ pro se à legibus ipsis sunt introducta *l. si iudex* 42. *D. de minor. l. penultim. Cod. de pact.* dum ne quis alius ex eo lædatur. Quidni ergo etiam heredi negligere præceptum testatoris, nudum, id est non aliam habens causam, quàm fauorem ipsius heredis prohibiti? Proinde tametsi poneres testatorem non substitisse in terminis puræ ac simplicis prohibitionis, sed exemplo boni legislatoris perfectam legem condere volentis hoc addidisse, Vt si contra prohibitionem fieret alienatio, irrita ea esset ac inanis [quo casu admisimus sic facta per legem prohibitione translationem dominij omnino impediri] adhuc tamen dicendum esset inutilem fore eiusmodi prohibitionem, nec minus contemni eam impunè posse, quàm si sola prohibitio nullo alio addito facta esset, quoniam additio illa non facit quominùs nudum sit & maneat præceptum testatoris, Cùm perinde verum sit, non alterius quàm heredis fauore prohibitam esse alienationem, additúmque à testatore vt inutilis & nullius momenti foret alienatio si qua fieret contra prohibitionem. Est igitur omni casu longè minor prohibitio testatoris quàm legis, quia lex numquam prohibet alienationem in fauorem solius personæ prohibitæ, sed semper in fauorem vel alterius vt cùm lex Iulia inhibet marito alienationem fundi dotalis, fauore scilicet mulieris quæ ita fieret indotata, Vel in fauorem reipublicæ vt cùm interdicitur minoribus, furiosis, prodigis aliisque huiusmodi personis rerum suarum alienatione. Sed etsi poneres factam à testatore prohibitionem vt liberis suis, vt posteris, vt familiæ consuleret quibus ex causis prohibitionem quasi iustam valere & efficacem esse nemo dubitat, Non ideò tamen consequens esset eam vim prohibitionis esse debere, vt dominij translationem impediret, Nisi poneres illud etiam additum quod superiore casu ponebamus, vt in casum contrauentionis irrita esset ipso iure, & nullius momenti alienatio: Alioqui non posset bona esse comparatio prohibitionis factæ per legem, & eius quæ facta esset per testatorem, aut fatendum esset maiorem vim fore prohibitionis factæ à testatore, quàm factæ à lege: quod vno me excepto cæteri omnes negant. Atqui nullum in libris nostris tale exemplum extat sic factæ prohibitionis, Solebántque potiùs testatores disponere vt si prohibitus aliquid contra prohibitionem facere & rem alienari prohibitam alienare vellet ea res aut ad fiscum, aut ad alium pertineret, Vt in specie *dict. l. pater. §. fundum*, vbi testator qui fundum à filio quamdiu viueret, vetuerat alienari, donari, pignorari, hęc verba adiecisse proponebatur, *Quod si aduersus voluntatem meam facere voluerit, fundum Titianum ad fiscum pertinere volo.* Deinde addidisse, *Ita enim fiet vt fundus Titianus de nomine vestro numquam exeat.* Qua ex loquendi formula intelligimus, Solitos olim testatores in casum contrauentionis, hoc est alienationis contra prohibitionem subsecutæ, eam ipsam rem alienari prohibitam in fideicommissum deducere, non tam vt fideicommissario prodessent, quàm vt talis fideicommissi metu,

revoca-

reuocaretur persona prohibita ne contra testatoris voluntatem alienaret. Quid enim aliud sibi vult connexio illa *Ita enim fiet*? Aut quo alio sensu dici potest, Ob id quòd in casum alienationis fundus Titianus ad fiscum peruenire iussus sit, fieri posse vt fundus Titianus de nomine ac familia testatoris numquam exeat? An verò non exit cùm ad fiscum incipit pertinere? Ita sanè est. Sed cogebantur testatores hoc remedio vti ad coercendam heredum aut alterius cuiuslibet prohibiti contumaciam, cùm viderent nullis se verbis aut artibus posse assequi vt volente herede aut alio prohibito rem alienare, dominij translatio impediretur. Hoc verò cur ita? Nempe quòd quisquis rem aliquam alienare prohibetur eum necesse est priùs fieri dominum eius rei, quàm vt ea prohibitio effectum aliquem habere queat, cùm fieri non possit vt quis rem alienando transferat dominium quod non habet *l. traditio 20. D. de acquirend. rer. domin. l. nemo plus iuris 54. De regul. iur.* Atqui postquàm res quæ fuerat testatoris facta est heredis aut legatarij aut alterius cuiuslibet personæ, non iam de ea testator disponere pro arbitrio aut imperare quicquam potest, sed heredis aut legatarij aut alterius quisquis ille dominus sit voluntas omnino exquirenda est, vt dominium ab eo possit abscedere *l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* Nam & inde fiebat non solùm vt à legatario legari non posset *§. 1. Instit. de singul. reb. per fideicommiss. rel. l. 2. Cod. commun. de legat.* Sed etiam vt legata quæ verbis imperatiuis relinquebantur necesse esset tam citò acquiri legatariis quàm acquireretur hereditas ipsa heredi, hoc est ita vt heredis numquam facta essent *dict. l. legatum 80. de legat. 2. dict. l. à Titio 64. in fin. D. de furt.* quoniam si vel minimo instanti dominium rei legatæ ad heredem pertinuisset, numquam inuito herede ad legatarium peruenire potuisset, nec tantùm voluntate sed etiam facto heredis ad transferendum dominium opus fuisset. Vnde illa etiam diffinitio legati *in l. legatum 116. de leg. 1.* vt sit hereditatis delibatio qua velit quis alteri collatum aliquid ex eo non quòd heredis sit aut fuerit, sed quòd alioqui vniuersum heredis foret. Quid, inquies, An non potest heredi suo imperare testator quilibet vt hoc vel illud faciat? Potest sanè, vt ex legatis per damnationem & pertinendi modum apparet quæ fiunt perinde ac cætera verbis imperatiuis, & ad heredem ipsum, non vt cætera ad legatarios directis. Sed heredi imperare nihil aliud est quàm heredem obligare vt hoc quod imperatum est faciat, non autem vt citra heredis voluntatem factúmve id fiat, quod ab herede fieri testator imperauit. Est igitur in hanc rem necessarius planè vsus fideicommissi, & consequenter verborum precariorum non imperatiuorum. Idque est quod ait Paulus *in l. Stichus 39. D. de manum. testament.* inutiliter dari libertatem his verbis *Stichus seruus meus si eum heres alienauerit, liber esto*, quia, inquit, confertur in id tempus libertas quo alienus erit. Subiungit autem idem iuris esse in legato, Nam inter libertatem & legatum quantum ad hanc causam nihil distare, Id est si legatus sit alicui Stichus hoc modo *Stichum seruum meum si eum heres meus alienauerit Titio do lego* perinde inutile est legatum, quia æquè confertur in id tempus quo erit Stichus alienus: Aliena autem res legari non potest scilicet per vindicationem, Ne quidem res heredis, sed tantùm per damnationem: quod genus legati proximè accedit ad fideicommissa. Quandoquidem omnibus commune illud est vt per manus heredis accipienda sint non vindicanda, nec dominium eorum transeat rectà & immediatè à testatore in legatarium aut fideicommissarium, sed medio heredis facto sit opus, cuius fidei te-

Digitized by Google

ſtator commiſit, aut quem dare damnauit. Ex quo intelligimus nihil referre an Stichus legatus ſit Titio per vindicationem ſub ea condicione, Si eum heres alienauerit an ſub illa, Si heredis mei factus fuerit, quia neutro caſu valebit legatum quod vtroque caſu collatum reperitur in id tempus, quo erit alienus Stichus. Quid ergo eſt quod ſequitur apud Paulum, *Igitur nec ſi directò dabitur libertas ſi Stichus heredis mei eſſe deſierit, liber eſto, quia nullum caſum vtilem habet.* Quid enim attinet tale exemplum ponere *ſi Stichus heredis mei eſſe deſierit*, ſi admittamus idem eſſe ſic etiam concepta libertatis condicione ſi Stichus *heredis mei eſſe cœperit*? An fortè dicemus eſſe quid hac parte ſimile inter legatum & libertatem, quòd legati Stichi dies ſtatim cedat à morte teſtatoris, Libertas verò Sticho data non niſi ab adita hereditate? Certum namque eſt in eo differre libertates à legatis *l. vnic. §. libertatibus Cod. de caduc. tollend.* Propterea quòd aliter poſito iure fieret quod eſſet abſurdiſſimum vt etiam deſtituto teſtamento nemine hereditatem adeunte, libertates tamen quarum dies à morte teſtatoris ceſſiſſet, ac quæ exinde competere cœpiſſent, non eò magis interciderent, ſed durarent cùm libertas quæ ſemel competiit non magis intercidere quàm reuocari poſteà vnquam poſſint. Sed tamen non puto vllam eſſe hac etiam parte inter libertatem & legatum differentiam, quia quòd dicimus libertates non cedere niſi ab adita hereditate non facit vt idcirco ſeruus cui directa libertas data eſt vllo inſtanti ſeruus heredis fuiſſe intelligatur, ſed tantùm vt expectanda ſit quæ in aliis legatis puris per vindicationem relictis non expectatur hereditatis aditio, tanquam condicio quædam ſine qua non eſſet libertas vllo vnquam tempore competitura. Cæterùm quo inſtanti heres fit dominus rerum hereditariarum per aditionem, eo ipſo inſtanti is cui directa libertas teſtamento data eſt eam nanciſcitur & fit liber. Quod eſſe non poſſet, ſi vel minimo inſtanti ſeruus heredis eſſe cœpiſſet. Itaque magis placet, vt ſic quoque inutiliter directa libertas detur *Stichus ſi ſeruus heredis mei eſſe cœperit liber eſto*, perinde ac illo modo *ſi heredis mei eſſe deſierit*, quandoquidem vtroque caſu fit alienus, tam qui heredis eſſe incipit, quàm qui eius eſſe deſinit, vt fiat alterius, nec inter heredem & extraneum hac parte, vt dixi, quicquam diſtat. Sed accommodatius viſum eſt exemplum ita concipi *ſi heredis mei eſſe deſierit*, ad demonſtrandum eum caſum quo collata ſit libertas in id tempus quo ſeruus alienus futurus ſit. Cùm non poſſit deſinere eſſe heredis aut ab eo alienari quin eius fuerit ipſo iure: quæ res impediret libertatem. Non etiam cùm ipſius libertas collata eſt in id tempus quo heredis eſſe cœperit. Nam quo inſtanti eſſe incipit, id eſt primo inſtanti quo aditur hereditas, [quod cùm ſit facti non fit in inſtanti ſed in tempore] ſtatim incipit competere libertas, nullo ſcilicet obſtante impedimento, qui ſeruus hic numquam perfectè heredis fuit *argum. l. interdum 5. D. quibus mod. vſusfruct. amitt. l. Areſcuſa 15. verſic. incipiente igitur parte D. de ſtat. homin.* Nec enim ſolus heredis interuentus directas libertates impedit, quæ licèt per teſtatorem ipſum non per heredem dentur, ſic tamen accipiuntur vt eas teſtator det ab herede, Non hoc ſenſu quaſi eam ab herede præſtari velit, ſed illo potiùs quòd heredem tantò pauperiorem faciat, qui ſi libertas directa huic ſeruo data non eſſet, in patrimonio eum haberet. Sic enim dicimus etiam legata per vindicationem dari ab herede, quamuis nullum heredis factum exigant. Concludamus ergo quod veriſſimum eſt, ſi teſtator rem ſuam quæ aut heredis aut alterius cuiuſlibet fe-

mdi

semel facta sit, ad alium peruenire velit, non aliter posse eum id facere quàm si vtatur verbis fideicommissi, hoc est precariis non imperatiuis. Tale autem est verbum *veto* quo vti in huiusmodi specie prohibitæ alienationis testatores solebant *dict. l. pater* 38. §. 1. *& seqq. pass. de legat.* 3. Nisi si quando peterent ne res alienaretur, vt *in dict. l. cùm pater §. libertis de legat.* 2. quod erat expressius verbum fideicommissi *§. vltim. Institut. de singul. reb. per fideicom. relict.* Indéque nimirum est, quod per alienationis prohibitionem non tam dicitur fieri fideicommissum quàm induci per interpretationem, & quidem in casum contrauentionis duntaxat, & vt nostri omnes admittunt condicionale non purum *dict. §. Diui*, vbi omnes notant. Hoc autem supposito quod verissimum est, Prohibitionem alienationis non posse fieri nisi per verba precaria & per viam fideicommissi. Omnino consequens est tantò minùs verum esse posse quod volunt interpretes dispositionem hanc testatoris vim habere legis cùm lex nihil vnquam disponat nisi verbis imperatiuis, quia legis est imperare non rogare. Quare nec lex duodecim tabularum generaliter constituit vt suprema quælibet defuncti hominis voluntas ius esset, vímque legis haberet, sed vt ea tantùm quæ per legis modum facta esset. Id enim est quod significat verbum *legassit* in illis verbis legis 12. tab. *Paterfamilias vti sua rei legassit, ita ius esto.* Ergo si nullam rationem aliam meliorem habeât interpretes propter quam velint nos concedere, quòd illi defendunt per prohibitionem à testatore factam impediri translationem dominij, quàm quia testatoris voluntas sit lex, non facilè nobis persuadebunt. Sicut nec illam distinctionem probare possumus quam tradit Castrens. *ad d. §. Diui*, an in casum factæ cõtra prohibitionem alienationis datum sit fideicommissum his verbis *si alienes*, aut *si alienabis*, an verò illis *si alienaueris*, vt prioribus duobus casibus sufficiat prohibitum incipere vendere ad hoc vt fundus ipse à fideicommissario peti ex fideicommisso possit, quòd ius ei quæsitum sit petendi fideicommissi antè perfectam alienationem. Tertio autem casu non possit, quia nec priùs existat condicio fideicommissi quàm perfecta fuerit alienatio. Qua porrò perfecta fieri nequeat vt ab emptore inuito discedat dominium quod ei semel acquisitum fuit. Ex *d. l. interdum* 5. *D. si vsusfr. pet.* cui potuisset addere textum *dict. l. si ego* 9. *§. si res D. de iur. dot.* Cur verò hanc Pauli Castrensis distinctionem probare non possim, ratio illa est, quòd quisquis alienare incipit etiamsi nondum perfectè alienauerit, eum tamen iam dominum perfectè esse necesse est vt possit alienare. Ac proinde non minùs voluntas illius exquirenda est, etiamsi testatoris heres proponatur quàm noni alterius cuiuslibet acquisitoris, cùm non magis heredis sui rem legare per vindicationem aut in alium transferre per fideicõmissum transferre testator possit, quàm alterius cuiusuis extranei. Vt constat ex *d. §. si res.* Quãuis dici soleat posse quem in testamento de rebus heredis sui perinde ac de suis pro arbitrio disponere *l. vnũ ex familia* 67. *§. si rem de leg.* 2. Id enim nõ ad ius transferendi dominij pertinet neq; ad legata per vindicationem, sed tãtùm ad legata per damnationem & ad fideicommissa, In quibus non quæritur de dominij translatione quæ facta sit per testatorem, sed de illa tãtùm quæ facienda est per heredem, In cuius semper est potestate vt rei legatæ vel per fideicommissum relictæ æstimationem præstet si hoc malit quàm rem dare. Atque ita intelligendæ sunt leges omnes quæ loquuntur de fideicommisso relicto in casum prohibitæ alienationis, siue expressum illud sit, vt *in d. l. pater* 38. *§. fundũ de leg.* 3. siue tacitum, quod ex sola prohibitione alienationis inducatur per interpre-

Digitized by Google

tationem iuris vt diximus. Non autem ita quomodo passim nostri intelligunt vt res ipsa omnimodo in fideicommissum veniat, & idcirco alienatio eius impediatur. Numquam enim impeditur, ne tum quidem cùm in familia fundum relinqui testator verbis fideicōmissi iussit, vt *in l. qui solidū 78. §. prædium & d. l. cùm pater §. libertis de leg. 2.* Sed petitio tantùm fideicommissi ex testamento cōpetit familiæ si quando res alienari prohibita peruenerit ad extraneum *dict. l. vnum ex familia 67. §. sed etsi fundum & l. peto 69. §. fratre eod. tit.* quæ petitio cùm sit persecutio non actio in rem quæ soli domino competit, personalis tantùm actio est *l. pecuniæ 178. §. actionis De verb. signific. l. si heres 70. §. 1. D. ad SC. Trebell.* Et ob eam nimirum causam necesse olim plerunque erat interponi cautiores, De fundo quem in familia relinqui testator iusserat restituendi, si non in familia cum effectu relinqueretur, *d. §. sed etsi fundum, vers. & ideo, & d. §. fratre in fin.* quarum cautionum præstandarum nulla vtique necessitas esset, aut vtilitas, si danda esset fideicommissario vlla actio in rem ipsam alienatam. Idque ex iis quæ sequenti capite dicemus meliùs intelligetur.

ANTONII FABRI

I. C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXXVIII.

ERROR I.

De prohibitione legis expressa & hominis tacita in alienatione rerum fideicommissi. Ad l. vlt. §. sed quia C. commun. de legat.

REPREHENDITVR passim ab interpretibus Accursius noster, quòd scripserit *ad l. vlt. §. sed quia C. commun. de legat.* eam fuisse veteris iuris rationem vt bona siue legata, siue fideicommisso subiecta possent alienari non tantùm si in diem vel sub condicione, sed etiam si purè data proponerentur. Ex *l. sed etsi lege 25. §. quod autem D. de hered. petit. l. Titius 54. l. si heres 70. §. si heres D. ad SC Trebell.* Contrà namque volunt interpretes authore Bartolo *ad dict. §. sed quia*, iam olim id ipsum obtinuisse de non alienandis vel obligandis rebus legatis aut fideicommisso subiectis, quod constitutum est *in d. §. sed quia*, nec aliud noua Iustiniani lege factum esse

esse nisi quòd apertiùs expresserit illud ipsum quod iure vetere subobscuriùs continebatur. Húncque sensum esse volunt eorum verborum nouæ constitutionis *secundum veterem dispositionem*, vt scilicet ex veteris iuris dispositione idem iam obtineret. Itaque non dubitant quin & legatum & fideicommissum quod vel in diem certum, vel purè datum esset alienari nullomodo posset per heredem. Id est ne quidem eo modo quo alia res quælibet vendi & alienari poterat à non domino, salua domino vindicatione *l. rem alienam* 28. *D. de contr. empt.* Sed esset prorsus nulla alienatio, neque ex ea dominium transferretur, adeóque nec vsucapiendi causa. Nec verò tam mirantur cur ita ius sit, quàm cur necesse fuerit de iure tam aperto legem ferri, quæ dominij translationem impediret. Cùm, inquiunt, dominium rei purè legatæ aut per fideicommissum relictæ recta via transeat à testatore in legatarium ac fideicommissarium ideóque habeat tam hic quàm ille directã rei vindicationem quæ non alij quàm domino dari potest *l.* 1. *C. eod. tit. commun. de legat.* iunct. *l. à Titio* 64. *D. de furt. l. cùm pater* 77. *§. surdo l. legatum* 80. *De legat.* 2. Nec enim distinguunt illi legata à fideicõmissis singularibus, siue de iure vetere tractent siue de nouo. Sed tantùm fideicõmissa singularia ab vniuersalibus, quorũ dominium fatentur nõ transire in fideicommissarium nisi post factam re aut verbo restitutionem fideicõmissi ex *l. facta* 63. *in princip. ad SC. Trebell.* Et in his demùm fideicõmissis vniuersalibus admittunt posse videri aliquid noui constitutum à Iustiniano, prohibita etiam hoc casu translatione dominij quæ anteà nõ impediebatur. Sic enim Castrens. *ad d. §. sed quia*, licèt dubitanter, non ausus planè adfirmare, quod audacter nos adfirmamus, Valuisse ólim alienationem rerũ fideicõmisso etiam vniuersali subiectarum. Quidni enim ita liceat nobis adfirmare, cùm nec in fideicommissis singularibus aliud iuris esse existimemus. Toto siquidem iure vetere constans illa fuit inter legata & fideicommissa quamuis singularia diuersitas, quòd legatorum dominium recta via transibat in legatarium numquam factũ heredis, ac proinde ipso iure nullóque heredis facto interueniente *d. l. legatum & d. l. à Titio.* At fideicommissorum non item *l. qui vsumfructum* 3. *D. si vsusfr. pet.* quia cùm fideicommissa & ab initio ex fide heredũ penderent, & post Augusti quoque tempora non nisi per manus heredis aut alterius grauati cuiuslibet ad fideicommissarium peruenire potuerint, Prorsus fatendum est rei per fideicommissum relictæ dominium in fideicommissarium etiam singularẽ rectã transire numquam potuisse. Nam nec legatorum dominium transibat quoties facto heredis aliquo erat opus vt in legatis per damnationem, quibus proximè accedunt fideicommissa, sed ita demùm si de legato per vindicationem, aut per præceptionem relicto tractaretur, vt docuimus latiùs *lib.* 6. *Coniect. cap.* 1. *& alibi sæpe.* Malè igitur tam Accursius quàm Bartolus cæterique interpretes nullam inter legata & fideicommissa singularia differentiam hac parte agnoscunt, quæ perpetua semper fuit. Sed rectiùs tamen Accursius quàm Bartolus quòd ad fideicommissa singularia, quorum alienationem non fuisse olim prohibitam ait Accursius, negat Bartolus: Contra verò rectiùs Bart. quàm Accursius, quòd ad legata per vindicationem data purè, quæ ab herede alienari proculdubio numquam potuerunt. Quod tamen non sic accipi volumus, quasi eorum alienatio fuerit olim quemadmodum hodie prohibita & ipso iure nulla, sicuti Bartolus, Castrensis, & alij volunt, ita vt neque dominium, neque vsucapiendi condicio in emptorem transferretur, Sed sic potiùs vt potuerit quidem heres, vt & alius quilibet eam rem, vt & aliam quamlibet alienam vendere *d. l. rem alienam*, Sed

Digitized by Google

tamen non eo minùs potuerit etiam legatarius rem sibi legatam & ab herede alienatam vindicare quasi suam & à non domino venditam, Nempe si non esset ea res ab emptore vsucapta, aut per longi temporis exceptionem iure si nō dominij saltem exceptionis acquisita. Cùm dubitari olim non posset, quin iustum suę possessionis titulum haberet emptor qui rem alteri per vindicationem legatam ab herede comparasset, Maximè verò si rem legatam ignorasset, vt propter ignorantiam adesset etiam bona fides, quæ cum iusto titulo coniuncta iustā pręberet vsucapiendi causam. Quod & hodie obtineret nisi hoc ipsum nominatim Iustiniani noua constitutio prohibuisset vt sequenti capite dicemus. Sed & fatēdum illud est, multùm interfuisse olim an legatum per vindicationem datū esset purè, an in diem certum. Etsi enim verum erat, vtroque casu diem legati statim cedere & à die mortis, non ideò tamen consequens erat vt quemadmodum puri legati, sic & eius quod in diem certam relictū esset dominiū rectà in legatarium transferretur, nec vnquam heredis factum videri posset: quia lōgè aliud est legati diem statim cedere, Aliud verò legati dominium confestim acquiri: Nec prodest diem legati cessisse nisi ad transmissionem legati, non etiam ad acquisitionem dominij. Transmittitur nimirum petitio non dominium legati, si legatarius postquàm dies quidem cessit, decesserit: sed antequàm dies venerit, qui à testatore dictus fuit. Absurdum namq; sit priùs acquiri dominiū rei, quàm res ipsa peti possit, licèt iam cœperit deberi. Quod nec Castrensis negat *ex l. Sempronius Attalus. 26.* vbi est textus elegans *D. de vsufr. leg.* Quāuis idem malè putet nasci legatario actionem ex testamento personalem antè quàm dies venerit, quod falsum est. Diem enim non tantùm cessisse, sed etiam venisse necesse est vt peti possit *l. cedere diem 213 De verb. signif.* Planè quin post Iustiniani constitutionem prohibeatur heres alienare tam id quod in diem certum quàm quod purè legatum est dubitari non oportet. Sunt namque in hanc rem expressa constitutionis verba. Sed nos de iure vetere disputamus, nō de nouo, de quo hucúsque omnes consentimus. Illud non nego quod aduersus Accursium disputat Bartolus, Eos textus quos pro sua sententia confirmanda Accursius adducit ex *l. sed etsi 25. §. quod autem D. de hered. petit. & l. Titius 54. D. ad SC. Trebell.* ad rem non pertinere. Tractatur enim iis locis de fideicommisso, non rei alicuius certæ, neque totius hereditatis, aut certæ partis, sed eius tantùm quod ex hereditate vel quod ex bonis superesset. Quo casu non est qui non fateatur liberam fuisse heredi alienationem si ius vetus inspicias, dum ne quid ab herede fieret dolo malo & in fraudem fideicommissi. Quod cùm olim in arbitrio iudicis positum videretur, hodie à Iustiniano sic emendatum est vt non nisi quartam fideicommissario relinquere cogatur heres qui sic rogatus est. *Auth. contrà rogatus Cod. ad SC. Trebell.* Sed non possum ferre quod Castrensis respondet *ad dict. l. si heres 70. §. si heres D. eod.* non probari ex eo textu si benè inspiciatur, Valuisse olim alienationem rei fideicommissariæ, Cùm Pomponius eo loco apertè scribat, si heres antequàm fideicommissam hereditatem restitueret, alienauerit quid ex hereditate, vel seruum hereditarium manumiserit, vel ruperit quid, vel fregerit, vel vsserit, non competere in eum vllam ciuilem actionem, ne quidem restituta postea hereditate ex senatusconsulto Trebelliano, sed ex fideicommissi causa esse hoc quod deperierit persequendum. Quid enim hoc aliud est dicere, quàm quod volumus, Non solùm valuisse olim rei fideicommissariæ alienationem, sed etiam ita valuisse vt retractari nec posset nec deberet. Alioqui cùm facta restitutione licèt nudo verbo, res omnes hereditariæ statim fiant in bonis fideicom-

fideicōmissarij etiā illę quarum possessionē nōdū nactus fuit *d.l.facta*.quidni daremus vindicationē directā fideicōmissario illarū quoq; rerum quas heres antè restitutionē perperā alienasset? Nā quod sæpius diximus fideicōmissariū nō fieri dominū iure ciuili ne quidē secuta traditione,quòd fideicōmissa siue specialia siue vniuersalia nullo iuris ciuilis vinculo cōtineātur, verū sanè est. Sed nō ideò facere potest quominùs ei dāda sit vindicatio,quæ sc. datur omnibus qui domini sunt,licèt nō iure ciuili sed iure gentium dominium habere proponātur. *l.in rem 23.in princ. D.de rei vindic.l.doce 9.C.eod.*iunct *l.quamuis 75.D.de iur. dot.l. rem in bonis 51.D.de acquir.rer. domin.* Atqui vindicationē rerū ex fideicōmissaria hereditate alienatarum cōpetere negat apertè Pomponius, non in eo solùm quod ait hoc quod ex alienationis vel manumissionis causa periit,persequendū esse ex causa fideicōmissi [nemo enim actionē ex causa fideicōmissi competētem pro vindicatione vnquā sumpsit] Sed etiā cùm disertè scribit nullam fideicōmissario cōpetere ciuilē actionem. Non enim dubitatur quin vindicatio ciuilis actio semper sit, id est tū quoq; cùm datur ei qui iure duntaxat gentium dominus est, Siquidē nulla prorsus iure gentiū prodita actio est. Neq; rursus prætoria vindicatio vlla est nisi quæ specialiore nomine & elegantiore Publiciana nuncupatur. Deniq; nō alia de causa dicitur fideicommissarius post restitutā hereditatem habere res hereditarias in bonis,quàm quòd earū nomine si nō possideat agere possit rei vindicatione, si verò possideat tueri se exceptione *d.l.rem in bonis 51.D.de acquir.rer.domin.* Cur nō ergo posset res antè ab herede alienatas vindicare, si alienatio ab herede facta nō teneret? Quod enim alienatum est si alienatio nō tenuit, vtiq; mãsit in hereditate. Nā quod res alienatæ nūquam ei restitutæ fuissent,ad rē non pertineret : Quādoquidē, vt diximus, hereditatis restitutio etiā quæ nudo verbo id est sine vlla corporali traditione facta est,transfert ipso iure dominiū bonitariū in fideicōmissariū, & quidē rerū omnium quę sunt in hereditate *d.l.facta*,quia licèt Prætor nūquam faciat rē in bonis alicuius, quin traditio interueniat,aut quid aliud quod sit vice traditionis ad transferendam possessionē. Restitutio tamē hereditatis nō fit ex authoritate solius Prætoris fideicōmissarij,sed primùm ac potissimùm ex potestate senatusconsulti Trebelliani,& cōsequēter ex authoritate iuris ciuilis,cuius partē & speciē nec vltimā cōstituunt Senatusconsulta, Ideóq; mirū non est transferri sine possessione dominiū bonitariū, Cùm Trebellianū Senatuscōsultū quòd legis vim habuit vt cætera, etiā Quiritiariū dominiū transferre potuerit,& heredē facere §.*quos autem Inst.de bon.poss.l.1.& tot.tit.ad SC.Tertyll.& Orfic. D. & C.* qualem haud dubiè fecisset fideicōmissariū tā facilè, quàm heredis loco eū constituit, si æquè facere potuisset vt heres grauatus quē adire priùs necesse erat vt hereditatē restituere posset, atque ita heredē fieri, per hereditatis restitutionē heres esse desineret, Aut vt vni homini duo in solidū heredes esse possent, quorū neutrū ius permittit queādmodum alio loco disputauimus. Ex quo intelligimus, quàm parum acutè Castrensis distinguat in hac quæstione fideicommissa singularia ab vniuersalibus , vt meliorem faciat singularium quàm vniuersalium condicionem: Hactenus nimirum vt rerum singularum quę per singulare fideicommissum relictæ sunt, dominiū statim & rectà, & ipso iure transeat in fideicommissariū, nō etiā illarum quæ per vniuersale. Cùm è contrario dicere debuerit meliorem esse fideicommissi vniuersalis condicionē quàm singularis, quod ex fideicōmisso vniuersali fiāt res singulæ in bonis fideicōmissarij statim atq; restituta est solo verbo hereditas, quamuis neq; traditio secuta sit, neq; aliud quicquā quod possit

esse traditionis loco. Ex fideicommisso autem singulari nõ aliter potest res fieri in bonis fideicommissarij, quàm si eius possessionem nactus sit per traditionem *d.l.3.D.si vsusfr.pet.* Nempe quia in fideicommissis singularibus solus Prætor fideicommissarius se interponit, non etiam authoritas senatusconsulti. Nam de fideicommissis singularibus neque Trebellianum senatusconsultum locutũ est, neque Pegasianum, nisi quòd Pegasiano cautum est vt ex fideicommissis singularibus perinde atq; ex legatis falcidia deduci posset, protracta scilicet potestate legis falcidiæ quæ de solis legatis locuta fuerat etiam ad fideicommissa *§.ex singulis Inst.de fideic.hered.*

ERROR SECVNDVS.

De iure vetere quo valebat alienatio rerum fideicommisso subiectarum ita vt reuocari non posset ne quidem facta hereditatis restitutione. Ad l.si heres 70.§.si heres D. ad SC.Trebell.

BENE igitur Pomponius probat *in d. §. si heres*, alienationem rerum fideicommisso subiectarum quæ facta esset ab herede ante restitutam hereditatem valuisse ipso iure, ita vt non potuerit fideicommissarius etiam post restitutionem hereditatis, eas vindicare. Adeò autẽ tenuisse vt neque retractari potuerit, ex eo apertius cõstat quòd rem alienatam ab herede æquiparat Pomponius seruo manumisso, aut ei quòd ex hereditate vel ruptum, vel fractum, vel vstum sit. Et ponit hæc omnia periisse id est nõ minùs id quod alienatum quàm quod vstum, vel ruptum vel fractum est, Cùm post has omnes propositas species ait ex causa fideicommissi persequendum esse id quod periit. Quis enim periisse diceret id quod siue per vindicationem siue per aliã quamlibet actionẽ recuperari adhuc posset. Nam si rem amisisse nõ videtur qui eius aduersus aliquem persequendæ gratia actionem habet *l.nemo 5.D.de in integr.restit.l.Labeo 14.in fin.De verb.signific.* ita vt qui actionem habet ad rem aliquam consequendam habere ipsam rem videatur vt est in regula iuris, quis dicat periisse fideicommissario eam rem, quam ipse à possessore vindicare adhuc possit? Placet itaque Pomponio res ab herede alienatas perinde periisse fideicommissario acsi quouis alio modo periissent, solámque ei superesse contra heredem fideicommissi persecutionem personalẽ, Cuius spe consequatur, vt quicquid heredis facto ante restitutionem periit, ideóque in restitutionem hereditatis venire non potuit, sarciatur ab herede. Non quasi ad hoc solùm agere fideicommissarium oporteat vt id duntaxat quod in corpore periit, in æstimatione præstetur, speciali aliqua actione quæ nulla certè in hanc rem comparata est, Sed hoc sensu vt quamuis restituta sit, hereditas ipsa in vniuersum ex causa fideicommissi, adhuc tamẽ fideicõmissum ipsum totum peti possit, acsi nihil dum ex fideicommisso solutum esset, quia quandiu fideicommisso aliquid deest totũ peti potest *l.debitor 59.vers.nec fideicommissum eod.tit.ad SC.Trebell.* Sicut è cõtrario cùm heres solidum fideicommissum per facti errorem restituit non deducto vel retento eo quod ex fideicõmisso potuerat deducere vel retinere condictionem habet totius fideicommissi vt deductione illa vel retentione vti possit *l.heres 21.eod.l.si quis cum 39.& l.seq.§.penult.D.de condict.indeb.* quemadmodum & soluta legata condicuntur, vt possit interponi cautio & satisdatio illa de

qua *in l.§*

qua *in l.5.§.vlt.& tot.tit.D.si cui plusquàm per leg.falcid.* Obseruandum etiam est pro eorum quæ diximus cōfirmatione, Pomponium *in d.§.si heres*, nō sine causa loqui de rebus ab herede alienatis ante restitutā hereditatē cùm ponit eas fideicommissario periisse, Scilicet vt intelligamus quātum intersit vtrū eas alienauerit heres ante an post restitutā hereditatē, Nā si quid alienatū esset post factā hereditatis restitutionē, id verò non diceretur periisse fideicōmissario, qui vtique eius vindicādi ius haberet, Nō quòd minimè teneret hæc quoq; alienatio, tanquā alienæ rei cuiuslibet, sed quia per eam non potuisset lædi ius fideicōmissarij in cuius bonis res anteà esse cœpisset. Alioqui nihil causæ est si iuris rationē inspicias cur non tenere debeat ipso iure alienatio, etiam quæ facta sit post restitutionē hereditatis, si ea quoq; valet quæ à prorsus nō domino facta est, Cùm heres etiā facta restitutione maneat heres *§.restituta Inst.de fideic.hered.* id est quiritiarius dominus, qui licet vinci soleat & debeat à bonitario quoties in rei vindicatione concurrunt vt Vlp.in fragmentis scribit *Tit.19. De acquisit.rer.* & cōstat *ex l.doce 9.C.de rei vindic.* iunct. *l.quamuis 70.D. de iur.dot.* negari tamē nō potest quin si nō plus certè tantundem iuris habere debeat ad vendendū quantum si dominus nullomodo esset id est nō magis quiritiarius, quàm bonitarius. Nec illud quoque ad rem pertinet quod Bartolus ad Pomponij textum respondet, Nihil aliud ex eo probari nisi quòd pro rebus alienatis nullā fideicommissi restitutionem fieri necesse est, quasi sit hic vnus casus ex iis in quibus transeunt actiones ipso iure in fideicommissariū citra vllam fideicōmissi restitutionē, de quibus *in l.pen.C.ad Trebell.* Quod vtrumque certè falsum est. Nam neque tractat eum casum Pomponius quo nulla hereditatis restitutio facta sit, sed tantùm ponit alienatas fuisse quasdam res hereditarias ante restitutionē hereditatis quę tamen postea restituta fuerit, Nec quærit, An nulla vnquā facta restitutione vindicare fideicommissarius possit hoc quod alienatum est. Sed concludit, Nō posse illum vindicare tametsi restituta sit hereditas post alienationem, quia quicquid alienatum est perinde habendum sit acsi periisset, quod ad ipsa rerum alienatarum corpora pertinet, nisi quod totum hoc damnum imminutæ per alienationes hereditatis, omnimodo per fideicommissi persecutionem sarciēdum est fideicommissario ab herede, qui alienauit. Præterea falsum est quod vult Bartolus, & post eum alij, Non esse necessariam hereditatis restitutionē ad hoc vt possit fideicommissarius res ab herede alienatas rectà vindicare. Etsi enim admitto quod fefellit Bartolum, pro rebus alienatis non esse necessariam realem vllam & corporalem rerum ipsarum quæ alienatæ sunt, traditionem, quia nec tradere eas posset, tametsi maximè vellet cùm iam alij tradiderit, Contendo tamen necessariam semper esse hereditatis restitutionem non tantùm ad hoc vt transferantur actiones ipso iure in fideicommissarium ex SC. Trebelliano, Extra illos casus qui Iustiniani constitutione expressi sunt *in d. l. penultim.* sed etiam vt res illæ alienatæ speciali in rem actione peti & vindicari possint. Quia prius est vt sint in bonis fideicommissarij, quàm vt eas vindicare possit fideicommissarius *d.l. rem in bonis*, Non priùs autem in eius bonis fieri possunt, quàm restituta sit hereditas cùm corporalis earum rerū traditio fieri nulla potest ob præcedētem alienationem *d l. facta.* Cùmque ea restitutio hereditatis non tantùm re & traditione, sed etiam solo verbo commodè fiat *l.restituta 36.eod. tit.* nihil causæ est cur eius faciendæ necessitas remitti debeat siue heredi siue fideicōmissario prætextu alienationis. Quare nec aliud erit tametsi res omnes hereditariæ si voles alienatæ proponantur. Nam cùm non solùm hereditas sed etiam restitutio he-

reditatis iuris sit nō facti *l. non enim 37. eo.* nihil vetat sicut hereditas intellectum iuris habet etiā sine corpore *l. hereditas 50. D. de hered. pet.* ita & hereditatis restitutionem verbo fieri etiamsi nullum corpus sit quod restituatur, dūmodò nō desit persona, & quæ possit restituere & cui possit restitui verbo. Atque ita accipiendū arbitror, quod Iustiniani constitutio induxit vt pro rebus vniuersalis fideicommissi ab herede alienatis competat fideicommissario contra possessores vindicatio, Scilicet si restituta sit quandoque hereditas siue verbo siue facto per quarundam saltem rerum traditionem, siue ante siue post alienationem earū rerum de quibus vindicandis tractatur. Illa enim distinctio quam Pomponio placuisse diximus, Vtrum alienationes factæ sint ante an post restitutā hereditatē, prudentum quidem tēporibus obtinuit, & ex iuris ratione obtinere debuit. Sed tamen fatendum est sublatam eam esse à Iustiniano qui non maiorē haberi voluit rationem alienationis factæ ante restitutionem & eo tempore quo negari non potest quin heres verè dominus fuerit rei alienatæ, & quidē vnicus & pleno iure, id est sine vlla distinctione dominij bonitarij & quiritiarij, quàm si à non domino facta esset. Quasi perinde sit iniquum decipi ab herede spem fideicommissarij, vt loquitur Iustinianus, atque si iā haberet fideicommissarius dominiū ipsum, non spem dominij. Quin & illud Iustiniani constitutione factum est vt deterioris condicionis sit is, qui etiam bona fide ac ignorans emit ab herede rē fideicommissariam, siue purè siue in diem certum siue sub condicione relictam nulladum facta hereditatis restitutione, quàm qui olim emisset post restitutam hereditatem. Ille enim iustum titulum habere credebatur ex quo sequi poterat vsucapio aut longi temporis possessio si modò concurreret etiam bona fides, id est si emptor fideicommissum ignorasset. Hodie verò non magis potest vsucapere aut longę possessionis priuilegio se defendere is qui emit etiam ante restitutam hereditatem quàm si titulum nullum haberet quia nec vllum habere creditur, quem habet contra leges *l. quemadmodum 7. C. de agric. & censit. l. non dubiū 5. C. de legib.* ídque nominatim ea ipsa Iustiniani lege cautū est, vt neq; vsucapio neque longi temporis præscriptio vlla locū habere hoc casu possit. Cæterùm ita semper accipienda est Iustiniani constitutio quòd ad fideicommissa vniuersalia pertinet si restituta sit hereditas, quæ ex iuris ratione omnimodo restituēda est. Supponendi enim semper sunt termini habiles, Nec id agit Iustinianus vt totam iuris veteris rationem in omnibus peruertat, sed tantùm vt fideicōmissario cōsulat contra venditiones & alienationes ab herede factas, non itē contra necessitatem accipiendæ restitutionis. Idque ex eo apparet euidentiùs, quòd illa ipsa cōstitutione Iustinianus vtitur nomine restitutionis vt fideicommissum significet in illis verbis *vel substitutione vel restitutione* vt & *in Nouell. De restitut.* quæ tota est de fideicommissis vniuersalibus. Neque hoc vt puto prætermisisset Iustinianus etsi supponendum erat potiùs quàm exprimendum si de fideicommissis vniuersalibus tantùm locutus fuisset, non etiam de singularibus, & de legatis quoque in quibus tamen nihil est quod de restitutione tractari possit. Legata enim & fideicommissa singularia præstari dicuntur & solui nō restitui. Sed omnem hanc difficultatem tollunt eiusdem constitutionis verba illa quæ suprà retulimus, *secundum veterem dispositionem* quæ tantùm abest vt sic accipi debeant quomodo accipit Bartolus, quasi velit Iustinianus dicere idipsum quod disponit, iam fuisse positum in dispositione iuris veteris, Vt è contrario constituat Iustinianus ne in posterum facere liceat, quod olim licebat, sic enim ille *Nemo itaque heres ea quæ per legatum vel purè vel sub certo die relicta sunt, vel restitui*

stitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignori vel hypotheca titulo assignanda, vel mancipia manumittenda. Cur enim hoc fieri Iustinianus prohibuisset additis verbis illis *in posterum* si nec anteà vnquam id fieri potuisset? At vt quod secundum veterem dispositionem fieri poterat, in posterum fieri non posset, noua lege ac constitutione opus fuit. Et verò cur non valuisset olim alienatio rei fideicommissariæ saltem velut alterius cuiuslibet rei alienæ. Maximè si facta esset ab herede cùm esset ille verus dominus siue ante siue post restitutam hereditatem alienaret, sed præsertim si ante restitutam? Quare nec de eo vnquam apud veteres dubitatum reperias, sed hoc duntaxat cautum vt quæ ab herede alienata essent imputarentur ei in quartam *l.3.§.res quæ D.ad* SC.*Trebell.* quod verò supra quartam alienatum inueniretur, id verò fideicommissarius persequi ex fideicommisso posset non contra emptores ipsos sed contra heredem alienantem; Cùm scilicet eo iure nondum obtineret vt pro fideicommissis siue vniuersalibus siue singularibus haberet fideicommissarius hypothecariam. Multò minùs vindicationem nisi earum rerum quæ post restitutionem hereditatis alienatæ reperirentur, vt docuimus. Nam quod contrà scriptum videtur *in l.quidam ita* 25 *§. si quis filium* in postremis illis verbis *libertate fauore sui seruata D.ad* SC. *Trebell.* & *in l.vlt. §.vlt.* ibi *vt fundus apud emptorem remaneret de legat.* 2.proculdubio Tribonianí est ad hanc constitutionem respicientis, vt explicauimus *in Error. 7. Decad. 70.* An enim aliqua fortassis olim fuit lex aut ratio iuris quæ rem legatam vel per fideicommissum relictam alienari prohiberet? Nulla penitus. An verò illa prohibitio induci poterat ex tacita voluntate testatoris? Atqui iam probauimus nec prohibitionem testatoris expressam potuisse impedire alienationem quominùs ex ea dominium transferretur? Multò igitur minus tacita illa potuisset sufficere quam interpretes absque coniectura vlla probabili comminiscuntur. Nouum ergo ius & veteri planè contrarium à Iustiniano hac parte inductum fuisse fatendum est cui nec aliud causam vel colorem dedit aut dare potuit, quàm quod idem Iustinianus iam anteà induxerat fauore legatorum & fideicommissorum, vt eorum nomine non solùm vindicatio competeret, quæ anteà non nisi pro legatis per vindicationem relictis competebat, sed etiam hypothecaria, quam nec vindicationis legatario competiisse certum est. Quamquam enim maioris potestatis videtur esse vindicatio quàm hypothecaria, sicuti plus est dominium alicuius rei habere quàm in ea ius pignoris, potentius tamen aliquando & vtilius est ius pignoris & hypothecæ quàm dominij, quoniam hypotheca quæ legatis & fideicommissis omnibus siue vniuersalibus siue singularibus, siue in diem aut sub condicione, siue purè relictis data est, rem ipsam legatam aut fideicommissam afficit statim ex die mortis testatoris, ac proinde priùs etiam quàm potuerit acquiri dominium ad inducendã vindicationem. Siquidem extra causam legatorum per vindicationem datorũ nullo casu transit recta dominium à testatore in legatarium, In fideicommissarium verò nunquam cùm implicaret contradictionem, vt fideicommissa vlla per vindicationem darentur. Igitur si quãdo alienata esset ea res cuius dominium ipso alienationis tempore adhuc esset penes heredem alienantem, fieri sanè ex iuris ratione non poterat vt eo nomine posset vnquam legatarius vel fideicommissarius habere vindicationem: quoniam superueniens causa dominij non posset parere vindicationem ad auocandam rem ab eo qui per traditionem sibi à domino factam dominus semel factus fuisset.

ERROR TERTIVS.

De legatis in diem certum vel sub condicione relictis. Ad d.l.fin.§.penult. & ad l.1.eod.tit.C.commun.de legat.

EXCIPIO semper legata sub condicione per vindicationem relicta, Etsi enim dominium eorum non transit in legatarium priusquàm condicio venerit vt suprà diximus, transit tamen ipso iure statim atque condicio extitit, Ne alioqui transire numquam posset si nō retrofingeretur heredis numquam fuisse ne vno quidem instanti, per totum illud tempus quod intercessit à die mortis testatoris, in diem vsque condicionis euenientis. Et hoc est, quod ait Caius *in l. seruo legato 69.§.1.de legat.1.* Si seruum sub condicione legatum heres alienauerit, deinde condicio extiterit, posse nihilominus eum à legatario vindicari, nec extingui legatum. Non magis scilicet quàm si res ab initio legata fuisset purè: Quo casu si deliberante legatario heres rem legatam alicui tradidisset, ac postea legatarius habere legatum voluisset, traditio nulla esset, quæ tamen valeret si legatum repudiatum fuisset *l. quadam sunt 15. D. de reb. dub.* vbi ponitur hoc exemplum inter eos casus in quibus ab initio res dubia est, sed ex postfacto retroducitur & apparet quid actum sit. Simile est quod Marcellus scribit *in l. si cui vsu 1.§.1.D.quem.seruit.amitt.* Si heres cùm legatus esset fundus sub condicione imposuerit interim ei seruitutes, extingui eas si legati condicio existat. Nimirum quòd ex postfacto appareat impositas eas fuisse prædio alieno, & à non domino, quæ tamen ex ratione iuris imponi tantùm à domino potuerunt. Adeò vt dubitet Marcellus an si quæ seruitutes per heredem acquisitę sint fundo legato eæ sequantur legatarium. Nam quemadmodum seruitutem prædio imponere alius quàm dominus non potest ita nec acquirere. Existens autē post acquisitam ab herede seruitutem condicio legati facit vt nullo vnquam tempore heres ille dominus prædij fuisse videatur, ac proinde vt nullo iure possit videri acquisiuisse seruitutem prædio quod ex postfacto retrofingitur iam tum fuisse alienum. Sed tamen magis probat Marcellus vt seruitutes ab herede acquisitæ fundo legato, sequantur legatarium. Nempe quòd negari non possit quin benè constituta & acquisita sit seruitus initio inspecto, & eo rei statu qui erat tempore constitutionis cùm sit verissimum rem quæ sub condicione legata est quamuis per vindicationē interim esse heredis *l. & post litem 12. §. res quæ D.famil.ercisc.l.non ideò 66.D.de rei vindic.l.1.§.serui D.de SC.Silan.l.generaliter 29.§.1.D.qui & à quib.manum.* Etsi autem ex postfacto apparet fuisse rem illam legatarij non heredis. Adeò vt si legatarius eam pendente cōdicione emisset non tam ex emptionis quàm ex legati causa illam nunc habere videretur *l. cui res 29.D.de action.empt.* vbi ob hanc causam pro *non* legendum esse *nunc* aliquando monuimus. Non tamen debet hoc facere vt eo minùs teneat constitutio seruitutis, quam tenere interest etiam legatarij, cuius condicio fit hoc modo melior. Cùm tamen non ideò fiat deterior causa eius, qui rectè iustéque seruitutem imposuit, quíque nullam contradicendi causam haberet si legati condicio non extitisset, aut legatarius legatum repudiasset. Alia causa est impositæ per heredem seruitutis, quia non sicuti meliorem, ita & deteriorem legatarij condicionem facere heredi licuit. Cæterùm apparet de eo legato nos tractare quod

quod per vindicationem relictum sit, non etiam de eo quod per dānationem, cuius diuersa certè in omnibus ratio est, si iuris veteris ratio inspiciatur, quandoquidem dubitare nemo potest, quin possit heres ei fundo quem alteri dare damnatus est, seruitutes pro arbitrio non minùs imponere quàm acquirere, Nec tantùm pendente condicione aut die legati, sed etsi purè damnatus sit, quia quousque dederit ipse & tradiderit legatario, verè dominus manet, nec vllo vnquam tempore dominus non fuisse retrofingitur. Est enim illa fictio propria legati per vindicationem. Quod à Bartolo cæterisque interpretibus obseruatum non fuisse mirandum non est qui veteres illas legatorum formulas & differentias quas ex Vlpiani & Caij Institutionib. potissimùm didiscimus ignorarunt. In eo sanè grauiter errant, quòd duce Bartolo *ad d.l.vlt.§.vlt.C.commun. de legat.* nullam agnoscunt retrofictionem aut retrofictionis huius potestatem ne quidem in legato vindicationis, neq; quantum ad dominium, neq; quantùm ad dominij cōmoda, sed tantùm quod ad hoc vt venditio quæ interim facta est ab herede rescindatur quasi ab initio ipso facta nullo iure. Contrà enim constat euidenter ex superioribus aliisq; locis innumeris qui congeri in hanc rem possent, Rei etiā sub cōdicione legatæ dominiū quod interim pleno iure est heredis existēre postea cōdicione agnitóq; legato retrofingi ab initio fuisse legatarij, nūquā heredis. Nec moueri in cōtrariam sententiam debuit Bartolus, ex eo quod scripsit Vlp. *in d.l.11.§.seruus de SC. Silan.* quòd existens legati condicio facit vt seruus qui sub condicione legatus fuerat desinat esse heredis, non idcirco facere ne videatur interim eius esse. Sensus. n. illius loci idē est qui Pauli *in d.l.non ideò 66. De rei vindic.* id est vt non ideò minùs rectè quid tanquam nostrū vindicemus, quod abire à nobis dominiū speretur si fortè legati aut libertatis condicio posteà existat. Itaq; loquitur vterq; locus de eo tēpore quo legati per vindicationē dati condicio nondū existit. Quo tempore verū est rem legatā esse interim heredis & quidē pleno iure *d.l.generaliter 29.§.1.qui & à quib. manum.* licèt possit cōtingere vt desinat heredis esse, Nimirū si & condicio legati existat, & legatū habere velit legatarius. At postquàm extiterit condicio legati, faciet proculdubio non solùm vt res legata iam non sit heredis, de quo nemo dubitat, sed & vt eius nūquam fuisse videatur, id est ne quidem eo tempore quo adhuc condicio pendebat. Et verò non sic loquitur Vlpian. vt dicat quomodo intelligit Bartolus, Existentem condicionem legati non facere ne res legata numquam heredis fuisse videatur, sed non facere ne interim videatur eius esse, quod longè diuersum est. Posterior namque locutio hæc, tempus illud significat quo condicio nondum extitit, superior verò illud quo iam extitit. Vtrumque igitur verum est & quod vult Vlpianus, Non facere condicionem legati siquando postea existet vt res legata non sit interim heredis, Et quod nos volumus, Facere tamen condicionem postquàm extitit, vt ea res numquam heredis fuisse videatur. Sanè quemadmodum errat in eo Bartolus quòd non patitur retrotrahi vim condicionis existentis quod ad dominiū legati. Sic in eo bene sentit quòd negat retrotrahi quantum ad commoda rei legatæ puta quod ad fructus: Meliúsque hac parte quàm Accursius, qui etiam ratione fructuum admittit potestatem retrofictionis, vt medij temporis omnes fructus det legatario, qui certè pertinent omnes ad heredem. Est enim planè dissimilis causa dominij & fructuum, Non modò si sub condicione legatum aliquid sit per vindicationē sed etsi purè, quia de legatis tantùm locuta est lex duodecim tabularū, non de legatorū fructib. nec fuit necessaria legis potestas & retrofictio quòd

Digitized by Google

ad fructus legatorum quæ fuit necessaria in legatis ipsis quia fructus non sunt ipsi in legato, sicuti à nobis pluribus explicatū est *lib. 7. Coniect. c. 3.* vbi diuersitatis huius rationem attulimus nō minùs elegantem, vt nobis quidem videtur, quàm veram: quæ nec à Bartolo aliisve interpretibus percepta est non magis quàm ab Accursio. Volunt enim omnes quotquot sunt interpretes legatorum purè datorum fructus quos heres etiam ante cognitā legatarij voluntatem nullaq; contracta mora perceperit, restituendos esse legatario petenti quandocunque legatum. Quod vtique non minùs falsum est quàm si de legato in diem aut sub condicione relicto tractaremus vt ibi docuimus. Nec Bartolo subtilior est Paulus Castrensis, qui ne videatur Iustinianus nihil noui hac in re constituisse quod ad legata condicionalia pertinet, sic Iustiniani constitutionem interpretatur, Non quidem vt rei sub condicione legatæ alienatio pendente condicione facta interim non teneat ipso iure, quomodo constitutum expressim fuit in alienatione rei quæ purè vel in diem certum legata proponatur, sed vt teneat quandiu condicio non extitit, sicuti tenebat olim, Existente tamen condicione resoluatur, quemadmodū Iustinianus loquitur, at tanquā ex tunc, id est retroacta resolutione alienationis ad illud ipsum instans quo facta fuit alienatio, Cùm olim resolueretur inquit, vt ex nunc nō vt ex tunc. Quod ait alienationē rei sub cōdicione legatæ & olim tenuisse & hodie quoq; tenere ipso iure quādiu condicio pēdet verū certè est, adeóq; generaliùs quàm Castrensis ipse putet. Subiūgit. n. ex Accursio probátq; exceptionem, Nisi eius rei alienatio prohibita sit à testatore. Ex *l. cùm pater 77. §. libertis de legat. 2.* quæ exceptio addenda non fuit. Minùs enim potest prohibitio testatoris quàm legis ad impediendam alienationem, longéque alia Papiniani sententia est *in d. §. libertis*, vt nos in præcedētibus explicauimus. Rursum quod addit, Existente quandocumque condicione legati, alienationem resolui verum quoque est. Aptiúsque dictum, quàm si cum Bartolo dicas rescindi hoc casu venditionem. Qui enim dicit alienationem resolui ius tantùm significat, & iuris potestatē. Qui verò rescindi, factum hominis potiùs quàm legis. Atqui sola legis potestate fit vt alienatio rei sub condicione legatæ, post existentē condicionem resoluatur, tāquam facta de re penitus aliena & à non domino rei alienandæ potestatē non habente, nec vllo in eam rem hominis facto est opus nisi vt condicio impleatur. Quare nec illud probare satis possum, quod Castrensem adnotasse video *in d. l. seruo legato §. 1.* Ius hoc nasci ex eo quòd resoluto iure datoris resoluatur ius acceptoris *ex l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor.* Non enim dici potest resolutū hoc casu ius heredis, qui nullum prorsus habuisse vnquam intelligitur: non magis quàm si purè legata fuisset ea res quam ponimus legatam sub cōdicione. Itaque verum etiam illud est, quod Castrensis subiicit huiusmodi alienationem hodie irritam fieri & resolui post existentem condicionem non quasi ex nūc sed quasi ex tūc, vt scilicet nullo vnquam tempore valuisse videatur, ita vt nec actionem de euictione nec impensarum quæ ad rem meliorandam factæ sunt, repetitionem vllā habere possit emptor si rem legatam fuisse non ignorauit. Sic enim habet constitutio, neque tātùm si res legata fuerit per vindicationem, sed etsi quolibet alio legati genere, adeóque si per fideicommissum. Sed quod addit, aliter olim obtinuisse, id est non ex tunc, sed ex nunc irritam fuisse talem alienationem, hoc verò est quod ego falsissimū esse contendo, probóque ex *d. l. 15. cui via 12. §. 1. quemadmodum seruit. amitt.* & aliis quæ à nobis suprà in hanc rem disputata sunt. Nihilne igitur Iustinianus hac parte innouauit? Nihil penitus quod pertinet ad legata vindica-

dicationis,sed tamē innouauit quod ad cætera legatorum genera, itémq; quod ad fideicōmissa. In quibus ita ius olim erat,vt si sub condicione data essent,alienari interim possent ab herede,non vt interim tantùm teneret alienatio,sed vt semper & in perpetuum valeret,salua legatario vel fideicōmissario actione personali aduersus heredem qui rē legatam aut fideicommissam alienasset. Quidni enim hoc admittamus in legatis per dānationem ac fideicōmissis sub cōdicione relictis cùm iam probauerimus,etiā in iis quæ purè data fuissent, idem olim obtinuisse. An fortè potentius erat ius fideicōmissorum sub condicione quàm purè datorū? Cùm ergo Iustiniani constitutio non tantùm de legatis per vindicationē sed etiam de cæteris omnibus, itémq; de fideicommissis loquatur siue purè,siue sub condicione data sint, An non ridiculi sunt interpretes qui quærūt quid in iis noui Iustinianus induxerit? Sed illi magis qui non vident quid sit inductum,iuráq; vetera hac parte incorrecta mansisse contendunt:quæ tamen receptissima interpretum omnium aduersus Accursium nostrum sentētia est, Nimirum non obseruarunt,quod nos ex ipsis Iustinianeæ constitutionis verbis ostendimus priorem aliam constitutionem, quæ legatorū & fideicommissorum nomine vindicationem, & hypothecariam dedit, posteriori causam præbuisse. Consequens enim fuit vt nulla penitus facultas heredi superesset eas res alienādi,ne quidem illas quarum interim dominus esset, fortè per damnationem relictas in diem aut sub cōdicione. Propter inductum scilicet in iis ipsis rebus ius hypothecæ dominium per legem non acquiratur legatario aut fideicommissario, adeóque ius dominij si sub condicione non tamen si in diem legatum esset, non minùs quàm si legatum fuisset per vindicationem, sub condicione: Nimirum, post condicionem impletam. Proinde quod ius olim proprium erat legatorum per vindicationem factum quidem est commune non solùm legatorum omnium, sed etiam fideicommissorum, siue purè legatum esset, siue sub condicione in translatione videlicet dominij. At illa tamen mansit differentia quæ olim erat inter legata pura & ea quæ sub condicione relicta erant per vindicationem,vt eorum quæ purè relicta fuissent dominium statim transiret, cæterorum verò quæ sub condicione non nisi post euentū condicionis: Vnde fiebat vt illorum quidem alienatio nulla fieri posset quæ dominium quod erat legatarij transferret in emptorem qui non à legatario ipso,sed ab herede comparasset. Horum verò posset fieri non absolutè sed interim, id est quousque condicione adueniente resolueretur.

ERROR QVARTVS.

De legatis in diem certum relictis, Et ad l.1.C.commun.de legat.& fideic.

LEGATORVM in diem relictorum alia condicio est, & separata. Nam neque olim dominium eorum trāsferri rectà poterat in legatarium,tametsi per vindicationem legatū fuisset,nec post diei euentum, vt iam diximus, nisi heredis voluntas accessisset cuius esse res cœpisset *l.si ego 9. §.si res D.de iur.dot.* neq; hodie potest, Cùm nec maiorē potestatē Iustinianus dederit legatis per vindicationē quàm olim esset, nec meliorem facere hac parte potuerit condicionem legatorū per damnationē aut fideicōmissorū quàm esset olim legatorū per vindicationē. Sed hoc tamen hac quoq; parte à Iustiniano immutatum fuisse fatendum est, quod legata in diem certū relicta quæ olim æquiparabantur legatis condicionalibus

quantum pertinebat non ad cessionem diei sed ad translationem dominij, maluit Iustinianus exæquare legatis puris quod ad hoc vt eorum alienatio antè diem facta non magis teneat ipso iure ne quidem interim, quàm si dies nulla esset adiecta, Non quasi legatorum in diem certam relictorum dominiũ perinde recta via transeat à testatore in legatariũ quasi nũquam factum heredis cōtrà quàm scriptũ sit *in l. Sempronius Attalus* 26. *De vsufr. legat.* [hoc enim Iustinianus nec fecit nec facere, vt modò diximus, vlla ratione potuit.] Sed quia vt habet constitutio, non magis permittendum sit heredi alienam spem decipere, quàm rem alienam vendere: Legatarius autem in diem licèt dominus nondum sit ne tum quidem cùm per vindicationem legatum fuit licèt dies legati iam vtiliter cesserit si modò nondum venerit *d. l. Sempronius*, quamuis videatur ea lex loqui de vsufructu legato per damnationē, vt apparet ex illis verbis *dari iussit*, Nisi cùm de proprietate sub condicione deducto vsufructu legata tractat vt & Africanus *in l. qui vsumfructum* 36. §. 1. *in fin. D. de vsufr.* Attamen spem habet obtinendi quandoque dominij & quidem certam cùm certum diem qui legato dictus est venturum esse certum sit, In quo differt maximè à legatario cōdicionali, qui spem quidem habet sed valde incertam, quia vtrum condicio extitura sit nesciri potest. Siquidem de ea loquimur condicione quæ condicio verè sit, id est quæ pendeat ex futuro dubióque euentu, non quæ sit omnimodo extitura, quam nec pro condicione haberi placet *l. quòd si* 18. *D. de condict. indeb. l. si pupillus* 9. §. *qui sub condicione D. de nouat.* Idque est quod innuere videtur Paulus *in l. in lege Falcidia* 45. *D. ad leg. Falcid.* In lege Falcidia non haberi pro puro quod in diem relictum est, propterea quòd medij temporis commodum cōputetur. Ad differentiam scilicet eius quod obtinet cùm tractamus de cedente die legati. Tunc enim legatum etiam in diem relictum pro puro habetur, non quòd ad dominij acquisitionem, sed vt perinde ac si purum esset transmitti ad heredem possit mortuo ante diem legatario. Quòd si nullam vindicationē pro legatis & fideicōmissis Iustinianus dedisset, adhuc tamē sufficere poterat, quòd hypothecariā & vtilē Seruianam induxisset ad consequendũ hũc effectũ ne interim alienari ab herede possent, hactenus saltem ne rata manere deberet eiusmodi alienatio. Cùm hypothecæ persecutio nihil habeat cōmune cum quæstione dominij, nec quicquā vetet per hypothecariā legatariũ aut fideicommissariũ auocare rē ab eo qui etiā ex iusto titulo, & per traditionē à vero domino factam dominiũ sit cōsecutus. Atq; ita primā illā Iustiniani cōstitutionē accipiēdā esse arbitror quæ pro legatis & fideicōmissis omnibus tā vindicationē, quàm hypothecariā induxit, Vt sc. non pro eadē re vtramq; actionē competere Iustinianus voluerit, cùm sint prorsus incōpatibiles, nec possit per rerũ naturā iurisq; rationē fieri vt cuiquam res sua sit obligata, Nec rursus ita, quomodo pleriq; intelligũt, vt eius tātùm rei nomine quę per legatũ aut fideicōmissũ data est vindicatio cōpetat, pro cæteris autē rebus testatoris hypothecaria. Sed vt pro iis rebus quarũ dominiũ statim trāsire in legatariũ aut fideicōmissarium Iustinianus voluit, id est quæ purè datæ sunt vindicatio exerceri possit & quidē sola, id est non etiā hypothecaria [nā de personali nō potest dubitari quin semper cōpetat.] Pro cæteris verò rebus, quarũ dominium in legatariũ aut fideicōmissarium transire prorsus impossibile est, id est quæ nō purè vel sub cōdicione, sed in diē certum datæ sunt, hypotheca tacita locũ habeat, & cōsequēter hypothecaria, si fortè legatarius aut fideicōmissarius auocare illas velit ab eo q. ante diē existētē emerit ab herede res siue per damnationem legatas, siue per fideicommissum relictas.

Hoc

Hoc.n. addendũ puto, vt excludã ſemper caſum illũ, quo agatur de re ſiue per vindicationẽ legata, ſiue per dãnationẽ aut purè ſub cõdicione, quia cùm exiſtẽte quandocũq; condicione ita fiat legatarij, vt nũquã videatur fuiſſe heredis quẽadmodũ diximus,ob eãq; causã ipſo iure reſoluatur alienatio ſi quã interim heres tãquã dominus fecerit *d.l.ſeruo legato* 69.*§*.1.*de leg*.1.planè nõ video cuius vtilitatis eſſe poſſit ſi quis hoc caſu hypothecariã legatario dãdam eſſe dixerit, cùm omni caſu habeat ille vindicationẽ nec minùs ſi res apud aliũ ſit,quàm ſi apud heredẽ,etiã iure vetere inſpecto:quæ vindicatio ſicuti pleniore iure cõpetit quàm hypothecaria, quia ius dominij plenius eſt,quàm pignoris. Ita vtilior eſt,nec minùs tamẽ cõmoda,quãdo in vtraq; actione dominiũ omnimodo ꝓbãdũ eſt *l.ante omnia* 23. *D.de probat.l.& quæ nõdũ* 15. *§.quod dicitur D.de pigno*. Nec quod Iuſtinianus & legata omnia inter ſe, & legatis fideicõmiſſa exæquauerit,ad rẽ facit.Exęquauit.n.omnia quod ad hoc vt omniũ nomine poſſit legatarius habere vindicationẽ itémq; fideicõmiſſarius cõtra heredẽ ipſũ,at nõ etiã contra poſſeſſorẽ extraneũ eo caſu quo prior ille dominiũ nactus ſit ab herede. Et quẽadmodũ dicimus,Nullo caſu poſſe hypothecariã cõpetere legatario vindicationis ſiue purè,ſiue ſub cõdicione legatũ ſit,quia omni caſu habet ille vindicationẽ etiã cõtra extraneũ,cui ante cõdicionis euẽtũ res vẽdita proponatur, Ita è cõtrario nulla ratio eſt vt extra causã legati vel purè,vel ſub cõdicione relicti permittatur vindicatio ſiue legatario, ſiue fideicõmiſſario eius rei quã negari nõ põt factã eſſe illius qui medio tẽpore ab herede adhuc domino cõparauit.Satiſq; ipſi cõſulitur data ei cõtra extraneũ hũc hypothecaria,per quã perinde rẽ auocet,atq; per directã in rẽ actionẽ auocaret.Licèt cũ heres ipſe poſſidet aut alius quilibet à quo relicta res fuerit nihil eius qui oneratus eſt, interſit an dominij an pignoris vindicatione cõueniatur. Ex quo intelligimus tãtò magis neceſſariã fuiſſe hoc caſu hypothecariã quippe quã ſola intẽtio dominij excludere nũquã põt,vt iã diximus *l.1.§.cùm prædiũ D.de pigno.l.vſucapio* 7.*C.eod.Æ*quiparamus aũt hac parte legata dãnationis & fideicõmiſſa in diẽ certũ relicta legatis eiuſdẽ generis per vindicationẽ datis, vt ſc.omniũ nomine perinde cõpetat hypothecaria, nõ etiã vindicatio, ſi fortè ab herede alienata ſint ante diẽ, quia nec olim ꝓ iis vindicatio cõpetebat tametſi per vindicationẽ data eſſent. Maximè ſi ab herede ipſo nõ poſſiderẽtur.Quãuis in eo ęquiparẽtur legatis puris,ꝙ ex poſteriore Iuſtiniani cõſtitutione perinde nulla ſit eorũ alienatio, atq; ſi pura eſsẽt quia ſpẽ certã habuerunt. Nulla inquã ab initio vt in hoc differãt à legatis cõdicionalib. quorũ alienatio etiã hodie tenet ab initio vt olim licèt ex poſtfacto & exiſtẽte tãdẽ cõdicione reſoluatur. Dices,Quid attinebat cõſtituere Iuſtinianũ vt ab initio nulla eſſet alienatio, quæ etiãſi teneret, hypothecariã tamẽ impedire nullomodo poſſet? Hãc nimirũ ob cauſam cogor dicere ſic eſſe accipiẽdã poſteriorẽ cõſtitutionẽ vt addiderit aliquid priori,Videlicet vt & legatorũ per dãnationẽ & fideicõmiſſorũ in diẽ certã relictorũ vindicatio poſſit hodie cõpetere etiã aduerſus extraneũ quę antea ex priore conſtitutione nõ niſi cõtra heredẽ cõpetebat,ſi modò eã malit legatarius aut fideicõmiſſarius poſt diẽ exercere quàm hypothecariã quæ nec minùs hodie cõpetit ſi eã eligere actor velit.Et ſanè cùm apertè Iuſtinianus velit dari vindicationem ꝓ legatis & fideicõmiſſis quibuſlibet etiã per dãnationẽ ſub condicione relictis, poſtquàm ſcilicet cõdicio extitit,nulla ratio eſt vt deteriorẽ faciamus cõdicionẽ legatorũ, & fideicõmiſſorũ in diẽ certã datorũ,quæ plus habẽt ſpei & certitudinis quàm cõdicionalia quæq;, ideò propiùs accedũt ad pura.Sed aliud eſt loqui de priore

quantum pertinebat non ad cessionem diei sed ad translationem dominij, maluit Iustinianus exæquare legatis puris quod ad hoc vt eorum alienatio antè diem facta non magis teneat ipso iure ne quidem interim, quàm si dies nulla esset adiecta, Non quasi legatorum in diem certam relictorum dominiũ perinde recta via transeat à testatore in legatariũ quasi nũquam factum heredis cõtrà quàm scriptũ sit *in l. Sempronius Attalus 26. De vsufr. legat.* [hoc enim Iustinianus nec fecit nec facere, vt modò diximus, vlla ratione potuit.] Sed quia vt habet constitutio, non magis permittendum sit heredi alienam spem decipere, quàm rem alienam vendere: Legatarius autem in diem licèt dominus nondum sit ne tum quidem cùm per vindicationem legatum fuit licèt dies legati iam vtiliter cesserit si modò nondum venerit *d. l. Sempronius*, quamuis videatur ea lex loqui de vsufructu legato per damnationẽ, vt apparet ex illis verbis *dari iussit*, Nisi cùm de proprietate sub condicione deducto vsufructu legata tractat vt & Africanus *in l. qui vsumfructum 36. §. 1. in fin. D. de vsufr.* Attamen spem habet obtinendi quandoque dominij & quidem certam cùm certum diem qui legato dictus est venturum esse certum sit, In quo differt maximè à legatario cõdicionali, qui spem quidem habet sed valde incertam, quia vtrum condicio extitura sit nesciri potest. Siquidem de ea loquimur condicione quæ condicio verè sit, id est quæ pendeat ex futuro dubióque euentu, non quæ sit omnimodo extitura, quam nec pro condicione haberi placet *l. quòd si 18. D. de condict. indeb. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione D. de nouat.* Idque est quod innuere videtur Paulus *in l. in lege Falcidia 45. D. ad leg. Falcid.* In lege Falcidia non haberi pro puro quod in diem relictum est, propterea quòd medij temporis commodum cõputetur. Ad differentiam scilicet eius quod obtinet cùm tractamus de cedente die legati. Tunc enim legatum etiam in diem relictum pro puro habetur, non quòd ad dominij acquisitionem, sed vt perinde ac si purum esset transmitti ad heredem possit mortuo ante diem legatario. Quòd si nullam vindicationẽ pro legatis & fideicõmissis Iustinianus dedisset, adhuc tamẽ sufficere poterat, quòd hypothecariã & vtilẽ Seruianam induxisset ad consequendũ hũc effectũ ne interim alienari ab herede possent, hactenus saltem ne rata manere deberet eiusmodi alienatio. Cùm hypothecæ persecutio nihil habeat cõmune cum quæstione dominij, nec quicquã vetet per hypothecariã legatariũ aut fideicommissariũ auocare rẽ ab eo qui etiã ex iusto titulo, & per traditionẽ à vero domino factam dominiũ sit cõsecutus. Atq; ita primã illã Iustiniani cõstitutionẽ accipiẽdã esse arbitror quæ pro legatis & fideicõmissis omnibus tã vindicationẽ, quàm hypothecariã induxit, Vt sc. non pro eadẽ re vtramq; actionẽ competere Iustinianus voluerit, cùm sint prorsus incõpatibiles, nec possit per rerũ naturã iurísq; rationẽ fieri vt cuiquam res sua sit obligata, Nec rursus ita, quomodo pleriq; intelligũt, vt eius tãtùm rei nomine quę per legatũ aut fideicõmissũ data est vindicatio cõpetat, pro cæteris autẽ rebus testatoris hypothecaria. Sed vt pro iis rebus quarũ dominiũ statim trãsire in legatariũ aut fideicõmissarium Iustinianus voluit, id est quæ purè datæ sunt vindicatio exerceri possit & quidẽ sola, id est non etiã hypothecaria [nã de personali nõ potest dubitari quin semper cõpetat.] Pro cæteris verò rebus, quarũ dominium in legatariũ aut fideicõmissarium transire prorsus impossibile est, id est quæ nõ purè vel sub cõdicione, sed in diẽ certum datæ sunt, hypotheca tacita locũ habeat, & cõsequẽter hypothecaria, si fortè legatarius aut fideicõmissarius auocare illas velit ab eo q ante diẽ existẽtẽ emerit ab herede res siue per damnationem legatas, siue per fideicommissum relictas.

Hoc

Digitized by Google

Hoc.n. addendũ puto, vt excludã ſemper caſum illũ, quo agatur de re ſiue per vindicationẽ legata, ſiue per dãnationẽ aut purè ſub cõdicione, quia cùm exiſtẽte quandocũq; condicione ita fiat legatarij, vt nũquã videatur fuiſſe heredis quẽadmodũ diximus, ob eãq; cauſã ipſo iure reſoluatur alienatio ſi quã interim heres tãquã dominus fecerit *d.l.ſeruo legato 69.§.1.de leg.1.* planè nõ video cuius vtilitatis eſſe poſſit ſi quis hoc caſu hypothecariã legatario dãdam eſſe dixerit, cùm omni caſu habeat ille vindicationẽ nec minùs ſi res apud aliũ ſit, quàm ſi apud heredẽ, etiã iure vetere inſpecto: quæ vindicatio ſicuti pleniore iure cõpetit quàm hypothecaria, quia ius dominij plenius eſt, quàm pignoris. Ita vtilior eſt, nec minùs tamẽ cõmoda, quãdo in vtraq; actione dominiũ omnimodo ꝓbãdũ eſt *l.ante omnia 23. D.de probat.l.& quæ nõdũ 15. §.quod dicitur D.de pigno.* Nec quod Iuſtinianus & legata omnia inter ſe, & legatis fideicõmiſſa exæquauerit, ad rẽ facit. Exęquauit.n. omnia quod ad hoc vt omniũ nomine poſſit legatarius habere vindicationẽ itẽmq; fideicõmiſſarius cõtra heredẽ ipſũ, at nõ etiã contra poſſeſſorẽ extraneũ eo caſu quo prior ille dominiũ nactus ſit ab herede. Et quẽadmodũ dicimus, Nullo caſu poſſe hypothecariã cõpetere legatario vindicationis ſiue purè, ſiue ſub cõdicione legatũ ſit, quia omni caſu habet ille vindicationẽ etiã cõtra extraneũ, cui ante cõdicionis euẽtũ res vẽdita proponatur, Ita è cõtrario nulla ratio eſt vt extra cauſã legati vel purè, vel ſub cõdicione relicti permittatur vindicatio ſiue legatario, ſiue fideicõmiſſario eius rei quã negari nõ põt factã eſſe illius qui medio tẽpore ab herede adhuc domino cõparauit. Satiſq; ipſi cõſulitur data ei cõtra extraneũ hũc hypothecaria, per quã perinde rẽ auocet, atq; per directã in rẽ actionẽ auocaret. Licèt cũ heres ipſe poſſidet aut alius quilibet à quo relicta res fuerit nihil eius qui oneratus eſt, interſit an dominij an pignoris vindicatione cõueniatur. Ex quo intelligimus tãtò magis neceſſariã fuiſſe hoc caſu hypothecariã quippe quã ſola intẽtio dominij excludere nũquã põt, vt iã diximus *l.1.§.cùm prædiũ D.de pigno.l.vſucapio 7.C.eod.* Æquiparamus aũt hac parte legata dãnationis & fideicõmiſſa in diẽ certũ relicta legatis eiuſdẽ generis per vindicationẽ datis, vt ſc. omniũ nomine perinde cõpetat hypothecaria, nõ etiã vindicatio, ſi fortè ab herede alienata ſint ante diẽ, quia nec olim ꝓ iis vindicatio cõpetebat tametſi per vindicationẽ data eſſent. Maximè ſi ab herede ipſo nõ poſſiderẽtur. Quãuis in eo ęquiparẽtur legatis puris, ꝙ ex poſteriore Iuſtiniani cõſtitutione perinde nulla ſit eorũ alienatio, atq; ſi pura eſsẽt quia ſpẽ certã habuerunt. Nulla inquã ab initio vt in hoc differãt à legatis cõdicionalib. quorũ alienatio etiã hodie tenet ab initio vt olim licèt ex poſtfacto & exiſtẽte tãdẽ cõdicione reſoluatur. Dices, Quid attinebat cõſtituere Iuſtinianũ vt ab initio nulla eſſet alienatio, quæ etiãſi teneret, hypothecariã tamẽ impedire nullomodo poſſet? Hãc nimirũ ob cauſam cogor dicere ſic eſſe accipiẽdã poſteriorẽ cõſtitutionẽ vt addiderit aliquid priori, Videlicet vt & legatorũ per dãnationẽ & fideicõmiſſorũ in diẽ certã relictorũ vindicatio poſſit hodie cõpetere etiã aduerſus extraneũ quę antea ex priore conſtitutione nõ niſi cõtra heredẽ cõpetebat, ſi mȯdò eã malit legatarius aut fideicõmiſſarius poſt diẽ exercere quàm hypothecariã quæ nec minùs hodie cõpetit ſi eã eligere actor velit. Et ſanè cùm apertè Iuſtinianus velit dari vindicationem ꝓ legatis & fideicõmiſſis quibuſlibet etiã per dãnationẽ ſub condicione relictis, poſtquàm ſcilicet cõdicio extitit, nulla ratio eſt vt deteriorẽ faciamus cõdicionẽ legatorũ, & fideicõmiſſorũ in diẽ certã datorũ, quæ plus habẽt ſpei & certitudinis quàm cõdicionalia quæq;, ideò propiùs accedũt ad pura. Sed aliud eſt loqui de priore

Iustiniani cõstitutione, Aliud de posteriore: Nec fuisset necessaria prior si incepisset Iustinianus à posteriore quia hæc multò amplior est. Sed si de priore sola tractemus, prorsus intelligenda ea est secundum illam quam adhibuimus distinctionem vt iuris veteris ratio minùs offendatur.

ERROR QVINTVS.

De rerum fideicommisso subiectarum acquisitione per vsucapionem, & longi temporis possessionem.

CONSTITVIT Iustinianus *in l. vlt. §. pen. & vlt. C. commun. de legat.* de cuius sententia Decade superiore scripsimus, vt si heres eam rē, quā legati iure alij dare, aut per fideicõmissum restituere iussus est, vendiderit, aut quo alio modo alienauerit, siue purè, siue in diem certā incertámve, siue sub condicione relicta esset, nō solùm venditio & alienatio in irritum deducatur, tanquam nulla ipso iure, sed etiam ita vt neq; vsucapio, neq; longi tēporis præscriptio vlla cōtra legatariū vel fideicommissariū procedat. Hæc.n. verba sunt cōstitutionis, quam fatendū est iuri veteri hac parte multū derogasse. Nā quēadmodū herede alienante rē legatā, cuius interim dominus esset, transibat dominiū in emptorē, ita vt nec vlla indigeret vsucapione, dū ne sub cōdicione legata res per vindicationē fuisse proponeretur, secundū ea quæ proximè disputauimus. Ita certū est tale ius vetus fuisse, vt si rē siue purè, siue sub condicione legatā per vindicationē heres alienasset in bonæ fidei emptorē qui legatúm ignorasset, vsucapi res ab emptore posset, Non secus acsi aliam rem quamlibet eodem titulo acquisiuisset. Quid enim, obsecro, esse poterat, quod vsucapionem impediret? cùm nulla dum lege aut constitutione prohibita esset ea vsucapio? Aut quid noui hac parte induxisset Iustiniani cōstitutio si iam olim idem obtinebat? Et verò sicuti res aliena legata poterat vsucapi pro legato, si modò legatarius eam bona fide possedisset *l. 1. & tot. tit. D. pro legat.* Ita nec quicquam vetabat vsucapi contra legatarium rem legatam, si fortè rem illam statuto tempore bona fide quis possedisset. Multóque magis in re per fideicommissum relicta idem iuris erat; Cùm minore & infirmiore iure fideicommissa olim quàm legata acquirerentur *leg. qui vsumfructum 3. D. si vsufr. pet.* Adeò vt nec titulus vllus esset, Pro fideicommisso ad vsucapiendam rem alienam quæ per fideicommissum relicta fuisset, quomodo iustus & legitimus vsucapionis titulus erat Pro legato, quia cùm fideicommissa essent iuri ciuili incognita, non poterat titulus fideicommissi præbere iustam vsucapiendi causam, quoniā nec iusta erat causa transferendi dominij tametsi dominus fuisset heres, qui rem tradidisset. Numquam enim nuda traditio dominium transfert *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Nuda autem est non minus ea, quæ causam aliquam habet non iustam, quàm quæ nullam. Ea porrò traditio vsucapiendi causam demùm præbet cùm facta est à non domino, quæ si à domino facta esset, dominium ipsum transferre posset. Non nego sufficere quòd quis per Prætorem factus sit dominus bonitarius ad hoc vt per vsucapionem possit fieri quiritiarius. Quemadmodum in eleganti specie illa *l. si finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* licèt titulus prætorius numquam sit legitimus nec iustus, cùm potiùs iusto & legitimo passim opponatur. Sed non potest traditio rei per fidei-

deicommissum relictæ facere fideicommissarium dominum bonitarium si res illa fuit aliena, Quam certè necesse est priùs fuisse in bonis defuncti quàm vt in bonis fideicommissarij fieri possit. Nam neque per vniuersalis fideicommissi restitutionem aliæ res fiunt in bonis fideicommissarij quàm quæ per aditionem factæ priùs sint in bonis heredis, & quæ anteà fuerint hereditatis *l. in fideicommissaria* 18. *versic. quoties D. ad SC. Trebellian.* quomodo accipi debet quod scriptum est *in l. facta* 63. *in princip. eodem tit.* facta etiam nudo verbo restitutione fideicommissi res omnes fieri in bonis eius cui restituta est hereditas licèt earum possessionem corporaliter nactus non sit. Induxit ergo Iustiniani constitutio ius nouum qua parte fecit vt res siue per legatum, siue per fideicommissum relicta, siue purè, siue in diem, siue sub condicione relicta sit, nullo tempore vsucapi aut longi temporis possessione acquiri possit. Sic enim disertè scriptum est *in dict. l. vltim. §. sin autem sub condicione, versic. quod similiter.* Ex quo apparet non eam Iustinianeæ constitutionis rationem esse quæ vulgò ab interpretibus adfertur quòd non valenti agere præscriptio currere non possit *leg.* 1. *§. vltim. Cod. de annal. except. l.* 1. *in fin.* iunct. *Auht. Nisi tricennale Cod. de bon. matern. l. in rebus* 30. *§. vltim. Cod. de iur. dot.* An non enim agere statim potest is cui res purè data est siue legati iure, siue fideicommissi? Et tamen non magis vsucapere aut longa possessione sibi acquirere rem potest emptor quàm si in diem aut sub condicione data esset. Ratio igitur constitutionis petenda ex eo est quod tum quoque cùm vendita ab herede res est quæ purè legata vel per fideicommissum relicta fuerat, nulla venditio est tanquam facta contra expressam legis prohibitionem, ac multò magis quàm si non nisi in diem vel sub condicione data fuisset. Tantò enim maior iniuria fit legatario vel fideicommissario, quantò certius est eam rem quæ ab herede venditur ad legatarium vel fideicommissarium iam pertinere. Porrò ad vsucapionem & longi temporis possessionem non minùs requiritur iustus titulus, quàm bona fides, continuáque possessio. Nec potest quis pro emptore vsucapere si emptio nulla intercessit, nec si putet intercessisse, Adeóque nec si re vera & de facto, vt aiunt, intercesserit, si iure non valuit tametsi errore iuris putauerit emptor eam valere. Quemadmodum & in aliis acquirendi titulis alioquin iustis contingeret *l. si existimans pen.* iunct. *l. Celsus* 27. *D. de vsucap. l.* 1. *in princip. & §.* 1. *& sequent. D. pro donat. l.* 1. *&* 2. *D. pro legat. l. nemo potest* 6. *D. pro derelict.* Excepto casu *l. quod vulgo* 11. *D. pro empt.* quia numquam in vsucapionibus iuris error possessori prodest *l. numquam* 31. *in princip. D. de vsucap.* Proinde mirum non est, Eum qui rem purè legatam emerit, aut per fideicommissum purè relictam, vsucapere illam non posse, cùm possessionis suæ titulum nullum habeat quamuis legatario possit imputari cur non citiùs egerit, rémque sibi relictam ab alio possideri tanto tempore passus sit. Qua de causa nec illud improbo quod video Castrensi placuisse *ad dict. l. vltim.* Posse eum qui rem legatam emerit ab herede acquirere illam sibi per lōgissimi temporis possessionem, id est si eam per triginta annos multò magis si per quadraginta possederit *l. sicut* 3. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Nec enim præscriptio illa longissimi temporis titulum vllum requirit, at ne quidem possessionem, sed tantùm bonam fidem quæ sine titulo ac sine possessione esse & durare plerumque potest. Alioqui si de tricenaria quoq; præscriptione submouenda Iustinianus sensisset, quid attinebat obsecro de vsucapione, longíq; temporis præscriptione dũtaxat loqui? Nisi fortè quẽ moueāt verba illa cōstitutionis *nullo*

Digitized by Google

et penitus obstaculo à detentatoribus opponendo, quæ fatendum certè est si sola inspiciantur adeò esse generalia, vt non minùs tricennalem, quàm decennalem & vicennalem præscriptionem comprehendant. Sed nihil vetat posteriora generalia sumere interpretationem strictiorem ex specialibus præcedentibus, vt non de alio obstaculo submouendo Iustinianus senserit, quàm de quo nominatim iam cauerat, ne opponi posset. Non enim addita videri possunt ampliandæ dispositionis gratia, sed potiùs in consequentiam, & clariorem explicationem eius ipsius iuris, quod iam fuerat constitutum. Neque verò nouum est, vt per legem submoueatur faciliùs præscriptio longi temporis quàm longissimi, vt videre est in alia illa eiusdem Iustiniani constitutione, quæ extat *in l. vlt. C. in quibus caus. non est necess. in integr. restit.* vbi constituit quidem vt nulla præscriptio currat contra minorem ne quidem ea quæ fit decennij inter præsentes, aut vicennij inter absentes: Sed subiungit tamen *videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu manentibus*. Non quasi exceptio illa fit ad nouam constitutionem, sed quasi nec dubitari oporteret quin constitutio quantumuis generalis quæ de omnibus exceptionibus temporalibus locuta fuerat, & de omnibus casibus in quibus vetera iura exerceri quidem temporales præscriptiones concesserant, per in integrum autem restitutionem eis subueniebant, ad longissimi tamen temporis præscriptionem extendi non deberet. Quamuis eadem ratio æquitatis, idémque minoris ætatis fauor in ea quoque præscriptione locum habere videretur. Præsertim verò si cum interpretibus nostris velit quis admittere, ita ius fuisse ante eam constitutionem vt aduersus longissimi quoque temporis præscriptionem vt & contra temporales cæteras, restitutio in integrum minoribus indulgeretur. Quod tamen nos iam sæpius negauimus, & contrariam interpretum opinionem vel ex illa potissimùm lege, itémque ex Anastasiana constitutione quæ extat *in dict. l. sicut*, refutauimus. Neque sanè quicquam causæ est, cur Iustiniani constitutio *in dict. l. vltim. C. commun. de legat.* de qua tractamus, cùm sit iuris veteris correctoria & ob hoc ipsum odiosa extendatur latiore interpretatione ad alias præscriptionum species, quæ quo longioris sunt temporis, eo sunt viderique debent fauorabiliores. Etsi non ignoro sic interpretes nostros sentire cùm tractant de præscriptionibus in genere, vt distinguant tres earum species quarum fauorabiles alias esse volunt, alias odiosas, alias denique mixtas partim fauorabiles partim odiosas. Fauorabiles enim volunt eas esse per quas acquiruntur res mobiles triennio cum titulo & bona fide, Odiosas autem illas quæ sunt triginta vel quadraginta annorum, quia procedunt etiam sine titulo dum adsit bona fides, nec aliam æquitatis causam habent quàm pœnam & odium negligentis. Mixtas postremò illas & partim odiosas, partim fauorabiles, per quas acquiruntur res immobiles decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes. Sic enim ex communi nostrorum sententia Guid. Pap. *quæst.* 416. vbi ex hac distinctione aliam infert, quòd ad præscriptionis interruptionem vt fauorabiles quidem non interrumpantur per solam citationem, at ne quidem per litis contestationem, sed tantùm per diffinitiuam sententiam ex *l. si post acceptum* 28. *D. de rei vindic. l.* 1. §. *vltim. D. pro emptor.* Quæ verò prorsus odiosæ sunt per citationem solam interrumpantur dummodò factam adiecta causa per cuius denunciationem potuerit citatus constitui in mala fide *dict. l. sicut.* Quoniam sola citatio possit sufficere ne omnino dici possit negligens fuisse is, contra quem præscribitur. Quæ autem partim fauorabiles & partim odiosæ sunt, me-

diam

diam quandam viam & rationem sequantur vt ad earum interruptionem neque sententia necessaria sit, neque sufficiat citatio, sed litis contestatio exigatur ex *l.moræ 26.C.de rei vindicat.* Sed distinctio hæc neque iuris rationi, neque legibus nostris conuenit. Sunt enim proculdubio præscriptiones omnes fauorabiles tanquam bono publico introductæ siue ob eam causam ne dominia rerum semper maneant in incerto vt ait *l.1.D.de vsucap.* Siue quòd ingentem litium materiam subtrahant, quarum neque modus, neque finis vllus esset, si post triginta quoque vel quadraginta annos negligenti salua esset iurium suorum persecutio. Ideóque sic à veteribus constitutum & obseruatum fuisse videmus vt vsucapionum & præscriptionum iura ab initio angusta & certis rebus certisque finibus coarctata, postea dilatata sint ad res omnes exceptis perpaucis, omniáque totius terrarum orbis loca, vt Iustinianus refert *in tit. De vsucap. Instit.* quamuis verum sit præscriptiones omnes in eo abhorrere à naturali æquitate, quòd efficiunt vt quod vnius est ei aufferatur sine eius facto contra regulam *l.id quod nostrum 11. De regul. iur.* Nimirum fauorabilior semper est causa publicæ vtilitatis quàm priuatæ *l.ita vulneratus 51.§.vlt. D.ad leg. Aquil. Auth. res quæ Cod.commun.de legat.* Nec vnquam probare potui quod Iustinianus quadam in Nouella scripsit præscriptionem esse iniquissimum præsidium, cùm in toto iure nostro æquitas non ex alia vlla re meliùs, quàm ex vtilitate publica æstimetur. Neque proinde iniquum possit videri quod præfefert publicæ vtilitatis causam.

ERROR SEXTVS.

De differentia quam ponunt interpretes inter mobilium, & immobilium rerum vsucapionem. Ad l.moræ 26.Cod.de rei vindic.& ad l.vnic.C. de transform.vsucap.

QVis verò ferre possit quod volunt interpretes fauorabiliorem esse vsucapionem rerum mobilium quàm immobilium quod ad hûc effectum, vt faciliùs hæc quàm illa interrumpatur? Vtraque enim est ex lege duodecim tabularum, Vtraque & possessionem continuam requirit & titulum & bonam fidem, Vtraque si ius antiquum inspicias Italico solo concludebatur: Denique quod ad rem nostram maximè pertinet neutram interrumpebat superueniens mala fides *l.si aliena 10.& pass. D.de vsucap.* Quod & Iustinianus retinuit cùm vsucapionem in longi temporis possessionem transformauit *in l.vnic.C.de vsucap.transform.* In summa, fuit hæc vna olim differentia inter rerum mobilium & immobilium vsucapionem, quòd mobilium anno vno, immobilium verò biennio implebatur. Qua ex ratione si quis velit inferre, fuisse igitur fauorabiliorem vsucapionem rerum mobilium, quod minore temporis spatio perficeretur, mala proculdubio futura sit consecutio. Non enim ex maiore vnius quàm alterius vsucapionis fauore proficiscitur ea differentia, sed quòd rerum mobilium iactura sicut facilior, ita & tolerabilior sit *l.si rem 47.D.de acq.poss.* magisq; odiosa persecutio earum rerum quę per pluriũ manus ambulare solent, ob eámq; causam dominium faciliùs mutãt. Alioqui si ex solo tẽporis spatio fauor præscriptionis colligeretur, consequens fieret vt vsucapionẽ rerũ immobilium fatendũ esset fuisse olim fauorabiliorem quàm sit hodie vsucapio mobiliũ: cùm illa biennio cõtẽta esset, hæc autẽ hodie

triennium exigat *d.l.vnic.* Non igitur alia huius differentiæ ratio quærenda est, quàm quia difficilius permitti debuerit vt res immobiles acquirerentur tẽpore, quódque tanto minorem diligentiam in iis perquirendis præstare dominus debeat, quanto difficilius est, imò verò impossibile vt ad mobilium similitudinem celentur & occultẽtur. Sed cùm temporis spatium illud quod primùm lex duodecim tabularũ definierat anni, vel biennij breuius visum esset Iustiniano, quàm vt sufficere dominis posset ad inquirẽdas res suas siue mobiles siue immobiles, protraxit ille tempus quod erat vnius anni pro rerum mobilium vsucapione in triennium, & quod fuerat biennij in decennium, vel vicẽnium. Ex quo iure nouo apparet tantò manifestius quàm verum sit quod volumus, Eo fauorabiliores censendas esse vsucapiones quo longioris sunt temporis, cùm isto veluti temperamento iniquitas illa quæ in omnibus vsucapionibus subest, quòd per eas id quod nostrum est, nobis sine facto nostro auffertur, quodammodo emendetur, & corrigatur. Nulla igitur ratio est, cur existimare debeamus cum interpretibus, interrumpi faciliùs præscriptionem rerum mobilium, quàm immobilium, quasi fauorabiliorem. Vtriq; enim commune illud est vt nec per citationem nec per litis contestationem interrumpatur. *d.l.si post acceptum* 28. *D.de rei vindic.d.l.vlt.* *§.vlt.pro emptor.* quę de vsucapione generaliter loquitur, nec minùs ad rerũ immobilium quàm ad mobilium vsucapiones pertinet: Nempe quoniam litis contestatio alium effectum habere non potest, quàm vt inducat malam fidem *l.sed etsi* 25.*§.si ante de petit. hered.* Mala fides autem superueniens non interrumpit vsucapionem, vt diximus. Nec debuerunt moueri interpretes ex *dict.l.moræ*, quæ non de vsucapione rerum immobilium loquitur, sed de longi temporis possessione, & præscriptione, quam cum vsucapione confundunt illi malè, Vno illo prætextu quòd vsucapio in eam transformata sit à Iustiniano *in d.l.vnic. Cod.de transform.vsucap.* Sed cùm ius illud nouum sit à Iustiniano introductum nõ debet ex eo sumi interpretatio ad Pandectarum aut Codicis leges explicãdas, quæ cùm ad ius vetus spectent, interpretandæ proculdubio sunt ex iuris veteris ratione. Cur autem possessio longi temporis per litis contestationem interrũperetur olim, ratio non obscura illa erat, quòd interrumpebatur per superuenientem malam fidẽ, quæ per litis contestationẽ omnimodo inducitur. Quòd si quis pergat huius quoque diuersitatis rationem quærere, illa vna afferri potest, quòd & fauorabilius & potentius esset ius vsucapionis quàm possessionis longi tẽporis, siue quòd ex lege duodecim tabularum inducta esset vsucapio. Possessio autẽ longi temporis ex posteriorum duntaxat Imperatorum constitutionibus, siue quòd vrbis Romę solique Italici fauor priuilegium illud vt & alia pleraque mereri videretur. Nam & inde fiebat, vt & breuioribus temporum curriculis vsucapiones cõcluderentur, & maiorem effectum haberent, Per quas scilicet plenum dominium etiam ex iure Quiritium acquirebatur, Cùm tamen per longi tẽporis possessionem non nisi exceptio & præscriptio quæreretur. Qua de causa passim videas longi temporis præscriptionem in libris nostris dici pro longi temporis possessione præsertim toto *tit.C.de præscript.long.tempor.* Quæ ratio etiam est eius quod rescriptum legimus *in d.l.moræ*, Moras litis non instruere causam possessionis ad inducẽdam longæ possessionis præscriptionem, quippe quæ post litem contestatam, vt lex ait in præteritum æstimatur. Nam cùm nulli exceptioni locus sit nisi post propositam actionem, nec rursus dari actio vlla possit, nisi post litẽ contestatã prorsus consequens est, vt vel eo tẽpore quo litis cõtestatio fit cõpleta esse oporteat tẽpora, quæ ad lõgæ possessionis præscriptionẽ sunt necessaria,

cessaria, vel nullus eiusmodi exceptioni dandæ locus postea relinquatur. In quo differentia elegans olim fuit inter vsucapionē,& præscriptionem: cùm vsucapio, vt diximus,non interrūperetur per litis contestationem, Nō illa solùm ratione quam attulimus, quòd ex mala fide superueniente nō interrūpebatur vsucapio, vt nec hodie interrumpitur,Sed etiam quia vsucapio neque actio neq; exceptio est, quamuis & actionem & multò magis exceptionē parere possit,Sed adeptio, aut vt alij libri scriptum habent *in l.3.D.de vsucap.* adiectio,& acquisitio dominij ex præcedente titulo,& bona fide per spatium temporis lege definiti: Quod tempus non eo minùs continuatur, quod ante completam vsucapionem fiat litis contestatio. Sufficit enim completam inueniri vsucapionem eo tēpore quo arbitrium fertur, quod in qualibet actione arbitraria ante sententiam, & condēnationem ferri necesse est, tametsi non fuerit completa tempore litis contestatæ. Nec enim iudex tanquam iudex pronunciabit rem esse tuam si pronūciationis tempore jam mea reperiatur, quamuis fuisset tua tempore litis contestatæ. Prius autem est vt tanquam iudex pronunciet rem tuam esse, quàm vt quasi vir bonus arbitretur eam rē restituere me debere. Quod certè Accursius noster assecutus non est,qui *ad d.l.mora* notat, vsucapionem currere quidem etiam post litem contestatam,sed non cum effectu, itémque in vsucapione duntaxat triennij legem illam locum habere,id est rerum mobilium,non etiam in vsucapione immobilium:Quorum vtrumque falsum est. Nam & vsucapio completur etiam cum effectu post acceptum lite contestata iudicium, & nulla prorsus hac parte differentia est inter rerū mobilium & immobiliū vsucapionem, sed tantùm inter vsucapionem & longæ possessionis præscriptionem: Nec quòd hodie vsucapio transformata sit facere potest, vt aliud ius vsucapionis hac parte videri hodie debeat,quàm quod olim fuit. Non enim transformata est vsucapio in longi temporis præscriptionem [alioqui ex vsucapione nec dominiū hodie acquireretur,nec actio,sed tantùm exceptio] sed longi temporis possessio in vsucapionem translata. Hoc enim solùm Iustinianus fecit vt ex diuersis illis iuribus vsucapionis, & possessionis longi temporis vnum ius conflatum sit, quod nomen iusque retinuit vsucapionis, ex possessione verò longi temporis multa sumpsit quæ vetus vsucapio non habebat, præsertim verò ratione locorum & temporum.Cæterùm ex vetere vsucapionis iure illud mansit inter cætera,vt mala fides superueniens eam non interrumpat. Ergo nec vt impediat quominus currat etiam cum effectu post litem contestatam,cùm litis contestatio,vt diximus, non alium maiorem effectum habere possit quàm vt inducat malam fidem. Ob idque cogitur possessor qui vsucapionem post litem contestatam compleuit, & rem tradere & eo nomine cauere victori, quorum neutrum esset necessarium si vsucapio non curreret cum effectu *dict. l.si post acceptum cum tribus seqq. D. de rei vindic.* quamuis non sit æquum manere lucrum aliquod penes possessorem ob id solùm quòd rei petitæ possessionem post litem contestatam retinuerit. Quod certè nec Castrensis intellexit, qui pro eodē accipit vt cogatur possessor vindicatione conuentus & victus rem tradere & rem restituere. Traditio siquidem ad hoc exigitur vt dominium quod à vindicante recessit per vsucapionem completam post litis contestationem,ipsi nunc reddatur. Restitutio autem non fit nisi vt possessio ad eum redeat quam solam amiserat.Itaque etiamsi manu militari res victo aufferretur vt *in l.qui restituere 68. eod. tit.* non ideò tamen dominium rei iam vsucaptæ posset redire ad victorem citra nouam traditionem.

Idque obtinet siue de mobilium siue de immobilium rerum vsucapione tractemus: Nulla namque inter vsucapiones differentia est nisi in tempore, non etiam in earum vi, effectu, & potestate: Nisi quòd etiam ratione locorũ differẽtia fuit, cùm res mobiles vbique anno, Immobiles verò per biennium in solo duntaxat Italico vsucaperẽtur. Quare nec vlla fuit pro rebus mobilibus præscriptio temporis in prouinciis, Sicuti neque longi temporis possessio dici potuisset, quę vel vnius tantùm anni vel triennij fuisset. Quibus cõsequens est, vt sicuti hodie nulla amplius longi temporis possessio est post transformatam vsucapionem, Ita nullus possit locus esse rescripto Imperatoris, de quo *in d.l.moræ*, quam ostẽdimus in vsucapione locum habere numquam posse. Sed fefellit Accursium reliquósque interpretes, quòd quemadmodum viderunt nullam de rebus mobilibus aut olim fuisse, aut esse hodie longi temporis possessionẽ, Ita putarunt, quoties de rebus immobilibus tractaretur, ad longi temporis possessionem & præscriptionem referri rem debere, Quasi non etiam vsucapio rerum immobilium iam olim esset, quæ haud dubiè sola hodie est post sublatam Iustiniani constitutione longi temporis possessionem translatámque in vsucapionem. Vnde nec titulus sic conceptus est De vsucapione tollenda, Sed quod longè diuersum planéque contrarium est De vsucapione transformanda.

ERROR SEPTIMVS.

Si res subiecta fideicommisso alienata sit à persona non prohibita, & possessa per longum tempus bona fide ante euentum diei, vel condicionis.

VARII occurrunt casus, in quibus etiam post supradictam Iustiniani constitutionem *in d.l. vlt.C.commun.de legat.* dubitari probabiliter potest an res subiecta fideicommisso si alienata sit & ex iusto titulo tradita accipiẽti bona fide, vsucapi à possessore & lõgo tempore, quod hodie idem est, acquiri possit. Primùm enim quid si alienatio facta sit à persona non prohibita, id est ab alio quàm ab eo, qui grauatus sit fideicommisso? Ad hunc enim casum non videtur pertinere constitutio Iustiniani, quæ nominatim loquitur de ipso herede alienante contra voluntatem testatoris, illis verbis, *Nemo itaque heres ea, quæ per legatum vel purè vel sub certo die relicta sunt, vel restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo assignanda vel mancipia manumittenda.* Quæ verba sicuti de solo herede loquuntur, ita eum duntaxat casum complecti videntur, quo aduersus legis potiùs quàm testatoris prohibitionem alienatio fideicommissi ab herede facta proponatur. Adeò vt non desint qui defendant, In alienatione quam non heres fecerit sed fideicommissarius alij & ipse rogatus eandem rem restituere, nouæ constitutioni locũ esse non debere, Non ob id solùm quòd constitutio exorbitãs, vt loquuntur, à iure cõmuni & hoc ipso satis odiosa restringẽda sit potiùs quàm adiuuãda interpretatione, licèt conseruandæ vltimæ voluntatis fauorem prætexat Iustinianus, sed etiam quòd quo remotius fideicommissum est eo minùs fauorabile videatur *Nouell.159.Vt restit.fideic.vsque ad vnum grad.consist.* Sed me in contrariũ illud mouet quod & supradicta dictio *heres* parenthesi circumscri-

cumscripta est tanquam irreptitia, Et apertè profitetur Iustinianus initio *§. sed quia.dict.l.vltim.C.commun.de legat.* se ad eam constitutionem decurrere in cõsequentiam eius iuris quod iam ante constituerat *in l.1.eod.ti.* data pro legatis & fideicommissis per multos casus vt lex ait, vindicatione hypothecaria. Inter cæteros autem casus in quibus prior ea constitutio dat legatario & fideicommissario hypothecariam & vindicationẽ, ille quoque est, Si vel legatarius ipse vel fideicommissarius aliquo fideicommisso sit oneratus. Sic namque Iustinianus in versic. *Et hæc quidem disposuimus non tantùm si ab herede legatum fuerit derelictum vel fideicommissum, sed etsi à legatario vel fideicommissario, vel alia persona, quam grauare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur.* Consequens ergo est, vt posterior constitutio quæ in consequentiam huius noui iuris prohibuit alienationem rerum fideicommisso subiectarum, istum quoque casum complectatur. Ac sanè ita est, Non magis licet priori fideicommissario quàm heredi res fideicommissarias alienare. Et omni casu existente quandocunque fideicommissi siue prioris siue posterioris condicione irrita fit alienatio, vt rem mali & cõtra prohibitionem legis alienatam vindicare fideicommissarius quisquis ille est, possit, nulla obstante longi temporis præscriptione. Sed hoc ita si alienatio facta sit à persona prohibita. Nec enim alioqui posset videri facta contra prohibitionem legis, Cùm lex non in rem concepta sit, prohibita simpliciter & indistinctè rerum fideicommisso subiectarum alienatione, Sed in personam prohibendo alienationem ipsi personæ grauatæ, siue persona illa sit heredis siue fideicommissarij. Ergo si extraneus id est quisquis rogatus non est, rem fideicommissariam quasi suam vendiderit, emẽti bona fide, quomodo rem alienam quamlibet vendi, emíque posse certum est, dubitari non oportet, quin valeat venditio, Non vt ex ea dominium transferatur in accipientem per traditionem quæ licèt non nuda quidem tamen facta sit à non domino. Verùm vt post existentem fideicommissi condicionem neque vindicatio neque hypothecaria vlla supersit ad rem aufferẽdam possessori qui eam per longum tempus ex die saltem condicionis impletæ tenuerit cum titulo & bona fide: quod non cõtingeret si titulus nullus præcessisse intelligeretur. Nam nec Iustiniani constitutio ad hunc casum pertinet, nec causa vlla est cur à iure communi quod hac parte fauorabilissimum est, citra constitutionis vllius authoritatem recedamus, Aut rem subiectam fideicommisso æquiparemus rei furtiuæ aut vi possessæ, cuius vsucapio impediatur propter vitium reale quod in re ipsa sit, quousque ad fideicommissarij manus peruenerit. Atque ita Castrensis & cæteri quoque interpretes *ad d.l.vlt. §.pen.C.commun.de legat.* benè vno ore tradiderunt. At hoc quoque ita accipiendum est, si non per prohibitam personam facta sit prior alienatio. Si enim quod plerunque euenit, vel heres vel prior fideicommissarius rem fideicommissariam alienauerit, quamuis ementi bona fide, ac tale fideicommissum ignoranti, nihil proderit nouo possessori quòd ea res per multorum bonæ fidei emptorum personas ambulauerit. Initio scilicet inspecto, quòd cùm viciosam fecerit & prohibitam primam venditionem, fecit etiam vt sequentes omnes cæteræ eodem iure censeri debeant. Quemadmodum enim res alienari prohibita si semel licitè alienata sit, manet in perpetuum alienabilis, vt vulgo nostri tractant *ad l. pater 36. §. quindecim de legat. 3.* Ita è contrario dicendum est rem quæ semel malè ac contra legis prohibitionem alienata sit, perpetuò manere inalienabilem vt neque vsucapi, neque per longi temporis possessionem acquiri possit: Quasi credendum sit non fuisse bonæ

fidei emptorem vnquam rem illam venditurum, vt neque habiturum, si non prius eam persona prohibita vendidisset. Sicque respondit benè Hieronym. Grat. *cons.21. num.37. lib.2.* Sed illa quæstio maiorem habet dubitationem, Si quis tertius siue bona siue mala fide rem illam vendiderit emptori bonæ fidei [semper enim bonam fidem exigimus in persona ementis vt tractari de vsucapione possit, id est quòd crediderit se & à domino emere, & rem fideicommisso non subiectam] nec vlla præcesserit venditio, quæ facta sit à persona prohibita, Vtrum vsucapionis longæque possessionis tempora currant fideicommissario, etiam priùs, quàm fideicommissi siue prioris, siue posterioris dies vel condicio venerit. Nec enim desunt qui putent præscriptionem vt vocant nec meliùs vsucapionem interim currere aduersus fideicommissarium, & quidem cum effectu ita vt eueniente postea die vel condicione fideicommissi nihilomagis possessori qui vsucepit, euinci res possit. Quam sententiam defendit Philipp. Corneus lib.4. eiúsque laudat authorem Paul. Castr. *in dict. l. vltim. §. sed quia C. commun. de legat.* vbi tamen apertè ipse contrà sentit. Duo enim exigit Castrensis, vt contra fideicommissarium currere possit præscriptio, Primùm illud vt venditio facta sit à persona non prohibita, Alterum vt agendi ius habuerit is cui præscriptio obiicitur. Et hanc Castrensis sententiam certum est ab interpretibus nostris magis probatam esse, Ratione illa quæ statim occurrit & in omnium ore est, quòd non valenti agere non currat præscriptio. *Ex l.1. §. vltim. Cod. de annal. except. l. in rebus 30. §. omnis autem Cod. de iur. dot. l.1. in fin.* iunct. *Auth. nisi tricennale Cod. de bon. matern.* Quid enim possis imputare fideicommissario qui non egit ante diem fideicommissi cedentem, cùm nec agere potuerit, etiásimaximè voluisset? Nam & tritum illud est actionem nullam præscribi posse nisi ex quo nata fuit *dict. l.1. §. ad hæc Cod. de annal. except.* in illis verbis, *Sed ex quo ab initio competit, & semel nata est.* Quod enim nondum incepit, quomodo finiri potest, aut quomodo amitti quod numquam fuit? *l. si in diem 46. l. Titio vsufructus 96. D. de condic. & demonstr. l. non potest videri 208. de regul. iur.* Cùm ergo non prius fideicommissi condicionalis petitio nascatur & competat, quàm condicio extiterit, videtur certè fieri non posse vt fideicommissario tempus currat priusquàm dies vel condicio fideicommissi venerit. Accedat quòd alienationis verbum etiam vsucapionem & præscriptionem continet cùm vix sit vt alienare nō videatur qui vsucapi patitur, & præscribi *vulg. l. alienationis 28. De verb. signific.* Atqui rerum istarum omnium quæ fideicommisso subiectæ sunt, alienatio districtè prohibita est à Iustiniano adeóque nominatim vsucapio *in dict. l. vlt. C. commun. de legat.* Igitur dicendum est tùm quoque cùm alienatio facta non est à persona prohibita, sed à tertio quolibet non magis permittendum esse ei contra quem currit vsucapio puta heredi aut priori fideicommissario, qui agere iam potest & vsucapionem interrumpere, vt vsucapi rem patiatur, quàm vt eam ipse alienet, quod facere vtique non posset. Mihi tamen contraria sententia magis semper placuit visáque probabilior est. Non enim ad hunc casum Iustiniani constitutio pertinet, sed ad illum solum quo facta sit alienatio per prohibitam personam, id est per eum qui fideicommissi restitutione oneratus est, siue heres ille sit, siue legatarius, siue fideicommissarius. Quod ergo à Iustiniano innouatum non est cur aliter quàm ex iuris veteris ratione interpretabimur? Id siquidem agere duntaxat Iustinianus voluit, vt in heredis potestate non esset aut alterius grauati cuiuslibet, quomodo erat antea, spem fideicommissarij decipere, non magis quàm rem per legatum aut fideicommissum purè

datam

Digitized by Google

ditam alienare. At rem fideicommisso siue puro, siue in diem aut condicionali obnoxiam facere inalienabilem & quasi reali qualitate illa ne dicam vitio afficere propositum certè Iustiniano non fuit, vt ex ipso Castrensi iam docuimus: Alioqui nec post diem fideicommissi cedentem posset currere vsucapio, longive temporis præscriptio, nullo scilicet titulo præcedente *l. Celsus* 27. *D. de vsucap. l. diutina* 4. *Cod. de præscript. long. temp.* Itaque fatendum est non alio casu prohibitam fuisse à Iustiniano vsucapionem aut præscriptionem rei fideicommissariæ, quàm quo prohibita est eiusdem alienatio, id est ita demum si ille ipse vendiderit, qui fideicommisso grauatus fuit, non si alius tertius, cui non magis prohibitum sit alienare rem fideicommissariam, quàm rem aliam quamlibet. Quare nec ita Iustiniani constitutio loquitur, vt prohibeat grauato ne rem vsucapi aut præscribi patiatur, sed tantùm ne ipse alienet: Nec ita rursum vt vsucapionem omnem longíque temporis præscriptionem inhibeat, sed eam solam qua velit se iuuare is qui à grauato emerit. Et verò an non esset absurdum prohiberi emptorem qui & bonam fidem & titulum habeat, quominùs iure publico vtatur, sibíque & actionem & dominium quærat facto suo, cùm nihil contra leges fecerit, etiamsi nihil sit quod possis fideicommissario imputare, vt *in l. Pomponius* 29. *D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Nec enim odio negligentium præcipuè comparata sunt iura vsucapionis & præscriptionis longi temporis, sed fauore potissimùm possessionis quæ titulum comitem habeat, & bonam fidem.

ERROR OCTAVVS.

De præscriptione contra fideicommissarium currente antequàm possit ille de fideicommisso agere.

PROINDE non est bona consecutio, si quis dicat, Nihil imputari posse fideicommissario qui non egerit ante diem fideicõmissi cedentem. Ergo non currere aduersus eum vsucapionem aut longi temporis præscriptionem: Cùm inter cætera quæ ad vsucapionem longíve temporis præscriptionem requiruntur, non etiam illud sit vt ei contra quem vsucapitur, aut præscribitur, imputari aliquid possit: Vt ex eo colligi potest quod contra eos qui reipublicæ causa absfuerunt, perinde currit vsucapio, licèt non solùm nihil iis imputari queat, sed etiam præcipuo fauore digni sint, propter quem merentur etiam auxilium restitutionis, *Tot. tit. D. & Cod. ex quibus caus. maior. in integr. restitu. poss.* Neque rursus bona illa ratio est quam adferunt interpretes, quòd non valenti agere non currat præscriptio. Non enim de præscribenda actione tractamus quæ nondum nata sit, cùm dicimus posse rem fideicommissariam à tertio venditam præscribi in præiudicium eius cui nondum nata sit fideicommissi actio, sed de acquisitione dominij, quam nemo dixerit impediri posse in persona bonæ fidei emptoris, ob id solùm quod fideicommissarius agere nondum potuerit. Quid enim commune habet personalis actio fideicommissi nondum nata, cùm iure dominij quod interim alicuius, & quidem alterius esse necessarium est, quódque nihil

etat quandiu non est fideicommissarij acquiri bonæ fidei emptori, qui modò ō sit mercatus cōtra leges. Nā nec bonæ fidei emptor dici posset si sciens cō-a leges mercatus esset tametsi maximè preciū soluisset *l.quemadmodum 7.C.de gric. & censit.lib.11.* Nec ad rē pertinet si quis obiiciat, etiā dominiū transire in deicōmissarium ex noua Iustiniani constitutione, & consequenter vindicandi is dominij existente quandocūq; condicione fideicōmissi. Nam sicuti quod de ominij translatione ipso iure facienda obiicitur, eo demū casu verum est, quò c fideicōmissi dies condicióve iam venerit, & mediū inhabile nullum sit, quod ranslationē illā impediat, Ita & quod de vindicandi dominij iure dando fidei-ōmissariis post diei vel condicionis euentū Iustinianus constituit, etiāsi vēdi-io à domino facta sit adeóq; emptori bonæ fidei, certū est illo dūtaxat casu ob-inere quo venditio facta sit cōtra legis prohibitionē, Quæ nimirū semper im-ediene per traditionē quāuis à vero domino factā, dominiū transferri possit, ùm nuda traditio numquā dominiū transferat, Nuda autē sit quæcūq; causam el nullā habet vel non iustā, id est iure legibúsq; non probatā *vulg.l.numquam uda 31.D.de acq.rer.domin.* Nā cùm lex sit vnus ex modis sex transferendi iure Quiritium dominij, vt tam sæpè retulimus ex Vlpiano *in fragment.Tit.19. De acquisit.rer.* multò magis faciliúsq; modus est amittēdi. Atqui nos eam speciem tractamus in qua non possit dici rem fideicomssariam alienatam esse contra prohibitionem legis. Ergo nec illam in qua locus esse debeat constitutioni, quæ vult irritam esse alienationem, vt neque titulum præbere possit quem diximus esse necessarium ad vsucapionem. Et consequenter nulla ratio est cur hoc casu vindicatio dari debeat fideicommissario qui nec est dominus nec vnquam fuit, contra emptorem qui licèt à non domino ius habeat, dominium tamen ipsum habet à lege quæ ius & potestatem vsucapionis induxit. Neque nouum est vt melioris condicionis ille sit qui emit à non domino lege non prohibente dummodò bona fide, quàm qui à domino quidem sed contra prohibitionem legis comparauit. Proinde cùm nihil sit quod impediat quominus rei etiam fideicommissariæ dominium per vsucapionem acquiratur emptori, priùs quoque quàm fideicommissi condicio extiterit, Planè non video quænam actio post existentem condicionem fideicommissario dari possit ad dominium auferendum possessori, Aut cur impediri debeat acquisitio dominij ex eo solo quòd fideicommissi actio nondum nata sit. Alioqui si ad ius bonæ fidei possessoris impediendum ratio illa sufficeret quòd persequendi fideicommissi ius nondum natum esset, consequens fieret vt etiam citra illam Iustiniani constitutionem, qua vna mouentur interpretes vt pro fideicommissario sentiant, idem responderi iam olim & iure ipso vetere debuerit. Cùm non magis olim fideicommissarius condicionalis ius aliquod haberet ante condicionis euentum quàm hodie *l is cui 42.D.de oblig.& act.* Atqui certum est ita ius fuisse, vt etiam pendente fideicommissi condicione possent res fideicommissariæ alienari ab ipso quoque herede grauato ita vt inquietari emptor nō posset, salua fideicommissario contra heredem fideicommissi persecutione, quemadmodum suprà probauimus *ex l. si heres institutus 70. §.1. D. ad SC.Trebellian.* Multò magis vsucapi si à non domino vēditæ fuissent accipienti bona fide cùm nulla dum lege esset prohibita earum vsucapio: Ideòque fortiùs eo casu quo acquisitio dominij confirmata esset per subsecutam longi temporis cum titulo & bona fide possessionem. Non quòd eo casu tractari de vsucapione quicquam possit, cùm id quod meum iam factū est, magis meum fieri non possit, Sed quia non

non debeat deterior esse condicio bonę fidei emptoris qui acquisiuit à domino nec vsucapione vlla indiget quàm si bona fide acquisiuisset à non domino, quominùs plenissimè fiat, maneátque dominus transacto tempore quantò vsucapere eâ rē potuisset, si per emptionē dominus iā tùm factus non fuisset, quomodo eleganter ratiocinatur Tryphoninus *in l. in bello 12. §. si quis seruū De captiu. & postlim.* Cùm igitur necessaria fuerit Iustiniani constitutio, ad hoc vt res fideicommisso subiectæ per heredē grauatū alienatę vsucapi non possent in prę iudicium fideicommissarij condicionalis, qui toto medio tēpore agere, sine actione nequiuisset, Intelligimus quoties talis casus proponitur, in quo Iustinianeæ cōstitutioni locus non sit, manere incorrectum ius vetus, nec ob id minùs posse vsucapionem currere, etiam pendente fideicommissi die, vel condicione, quòd nulla adhuc actio nata sit, quæ ad impediendam vsucapionem exerceri potuerit. Sed me omnium maximè illud mouet, quod à Pomponio scriptū video *in d. l. si heres §. vlt.* Si temporalis actio in hereditate relicta fuerit, tempus quo heres experiri ante restitutam hereditatem potuit, imputandum ei esse cui restituta fuerit. An non enim falsum id esset, ac prorsus à iuris ratione alienum, si fideicommissario ea interpretum ratio prodesse deberet, quòd nulla possit contra eum pręscriptio currere, quandiu non potest agere? Imò quàm esset accommodatior ratio, cùm de actionis præscriptione agitur, quàm cùm de dominij acquisitione. Nimirum ius omne vsucapientis & pręscribentis ex ipsius facto & persona æstimari oportet, non ex agendi facultate quam aduersarius habuerit, vel non habuerit. Quid. n. vsucapientis aut pręscribentis interest, an aduersarius agere interim vel nolit, vel non possit, dummodo videat ex parte sua interuenire omnia quæ ad vsucapionem vel præscriptionem inchoandam cōplendámq; sunt necessaria? Sic dicimus exceptiones alias pleráſq; licèt actori opponantur, ex persona tamen eius qui opponit ęstimandas esse, vt Papinianus loquitur *in l. qui ex liberis 11. in fin. De bonor. poss. secun. tabul.* Illud quoque sententiā nostram non parùm adiuuat, quòd iis quoque casibus in quibus placuit non valenti agere non currere præscriptionem, fuerunt necessariæ constitutiones quæ tale ius inducerent, ante quas sanè aliter obseruabatur, & quę si non essent, etiam hodie aliud obseruandum esset, vt euidenter ex eo constat, quòd Iustinianus scribit *in d. l. 1. §. vlt. C. de annal. except.* Ne imperfecta videretur ea sanctio, id se constituere in rebus omnibus quæ patri per filios non acquirūtur, quod in bonis maternis fuerat anteà dispositum à Constantino, scilicet *in l. 1. in fin. C. de bon. mater.* Vt nimirum filiisfamilias nulla exceptio temporalis opponatur, nisi ex quo actionem mouere potuerint, id est postquàm manu paterna, vel eius in cuius potestate erant, fuerint liberati, *quod* inquit, *non fuerat specialiter constitutum.* Vt intelligamus tale id fuisse, quod non ex iuris communis ratione à prudentibus ipsis, nedum ab interpretibus induci potuerit, sed ab Imperatoribus specialiter constitui debuerit, ne imperfecta esset sanctio quæ filiisfamilias non benè in omnibus prospexisset. Alioqui frustra constitutum fuisset ab Imperatoribus, quòd antiquior iuris ratio euincere per se potuisset, Cùm, & ante Constantinum ita ius esset, vt filiisfamilias sine consensu & authoritate patris in iudicio stare non liceret, quod & Iustinianus fatetur *in l. vltim. §. 1. vers. necessitate C. de bon. quæ liber.* Qua de causa idem Iustinianus constituit etiam *in dict. le. in rebus 30. §. omnis autem C. de iur. dot.* vt non currat præscriptio aduersus mulierem constante matrimonio, nisi ex quo tempore potuerit illa agere ob inopiam mariti, *vel vire inchoante malè substantia vti,* quomodo idem Iustinianus

loquitur *in Nouell.97. De æqualit.dot.cap.6.§.illud quoque*, quæ constitutiones si non essent haud dubiè, noceret mulieri vsucapio & præscriptio quæ constante quoque matrimonio cucurrisset. Falsum igitur est quod vulgo iactatur brocardicum, quasi sit certissimum principium iuris, Non valenti agere non currere præscriptionem, Nisi solis iis casibus quibus ne currat cautum specialiter & nominatim constitutum est, siue facto aliquo, siue iure impeditus quis sit, ne ageret *l.cùm sex menses 56.D.de adilit.edict.d.l.si heres 70.§.vlt.ad SC.Trebel.* Æquius enim est scientiam aut negligentiam heredis, qui pendente adhuc fideicommissi condicione rem hereditariam vsucapi patitur, nocere fideicommissario, posteà eo nomine regressum aduersus heredem habituro, quàm esse captiosam bonæ fidei possessori ignorantiam fideicommissarij, agendique, vt ita dicam impossibilitatem, *arg.l.quod autem 7.§.si quid cum pupillo D.quæ in fraud. credit.* Cur enim ob id minus iuris habeat bonę fidei emptor, etiam aduersus fideicommissarium, quòd fideicommissarius nullum antè habuerit, nec adhuc habeat? Nihil sanè absurdius meo iudicio dici potest. Et quod suprà obiiciebamus non magis heredi, aut aliæ personæ grauatæ permittendum esse, vt rem hereditariam vsucapi patiatur, quàm vt eam alienet, obligare duntaxat potest eum qui passus est, vt damnum omne quod ex ea patiētia fideicommissario contigit sarcire compellatur. At bonę fidei emptoris ius quod non ab eo qui passus fuit, sed à lege habet lædere nullomodo potest. Illud planè inter omnes constat, Vno casu valere omnimodo & indistinctè rerum fideicōmisso subiectarū alienationē, scilicet si factam eam esse cōstet pro dimittendis creditorib. defuncti, qui fideicommissum ipse reliquerit, etiamsi ille ipse alienauerit qui grauatus fuit. Nam quemadmodū alienationis prohibitio à testatore facta, quantūuis iusta ex causa, Puta vt familiæ vel posteris consulat, nec potest nec debet vnquam fraudi esse creditorib. adeóq; nec fisco *l.filiusfamilias 114.§.Diui 2.de le.1.* Ita neq; Iustiniani constitutio quæ personis grauatis tam districtè alienationē prohibet, sic accipi debet, vt tamen alienationes necessarias comprehendat *l.alienationes 13.famil.ercisc.l.1.D.de fund.dot.* cuiusmodi illa est, quæ fit pro exsoluendo testatoris ære alieno. Et ita benè Castr. *ad d.l.vlt.* quem cæteri passim sequuntur. Nam & æris alieni exsoluendi onus totum transit in fideicommissarium, cui tota hereditas restituitur *l.2.C.ad SC.Trebel.l.in imponenda 6.l.irritum 8.C.ad leg.Falcid.*

ERROR NONVS.

Rursum ad l.3.D.de condict.tritic.si homo petitus per triticariam decesserit ante condemnationem.

DIVVLSIT nos ab instituto iamdudum tractatu De condictione triticaria, inuestigatio rationis, Cur triticaria actione proposita quærendū sit de ineunda rei debitæ æstimatione, cùm per triticariam non æstimatio petatur, sed res ipsa, puta triticum, Vnde & triticariam appellatam esse ostendimus. Diximus enim, Triticariam in eo quidem differre à certi condictione [quo nomine cæteras omnes actiones intelligimus, quibus certum petitur,] quòd cùm in certi condictione non res ipsa debita, & per contestationem petita in condemnationem deducatur, sed æstimatio quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ *ex l.vinum 22.D.de reb.credit.l.3.§.in hac D.commod.l.hominem 37.D.mandat.* In condictione tamen triticaria nihil nisi res ipsa debita & petita deduci potest in iudicium, quamuis non etiam in condemnationem, sed tamen in con-

Digitized by Google

in condemnatione facienda, si rem ipsam debitam interim soluere debitor noluerit, necessariò deueniendum esse ad æstimationē, vt iudicati executio posteà fieri possit, propterea quòd ex edicto Prætoris De re iudicata, & executione sententiarū, lis necessariò ęstimāda sit, p sētētiā & cōuertenda in pecuniā, quę redigi possit ex bonorū vēditione, Ne alioqui alterutrū euenire necesse sit, vel vt iudicati executio nulla fiat, vel vt condēnandus sit & cogendus reus ad rem ipsam præcisè soluēdā etiā inuitus: quod cùm meri facti sit, certè sine vi & impressione fieri nullomodo potest, ideóq; nec à Prætore vnquā permittēdū est. Qua de causa diximus etiā mirū non esse, vt cùm in ceteris actionib. strictis, qualis est certi condictio, siue ex mutuo siue ex stipulatione, siue ex alia causa qualibet cōpetat æstimari rē oporteat inspecto præcisè tēpore litis cōtestatę, Aliud tamen in condictione triticaria obseruetur, & speciali quodā iure in ea actione solius cōdemnationis tempus præcisè spectetur. Quodnam.n. aliud spectare velles, cùm res ipsa non vlla præcedentis tēporis æstimatio deducta sit in iudicium, sitq; liberum debitori conuento, si modò ante condemnationem præstare rē velit, ab æstimationis pręstandæ necessitate se liberare? Illud siquidem certissimè ac perpetuò verū est quod Celsus scribit *in l. si Calendis* 11. *D. de re iudic.* Ex eo tempore æstimandum quidque esse quo solui nouissimè potuit, Atqui potuit reus per triticariam conuentus liberari etiam in procinctu ferendæ sententiæ, si rem debitam petitámque soluisset eo tempore. Ex eodem igitur tempore iniri æstimationem oportere fatendum est. At illud adhuc explicandum superest, quod ex Celso subiungit Vlpianus *in d. l. 3. de condict. tritic.* si res per triticariam petita desierit esse in rebus humanis mortis tempus esse spectandum. Nam & hoc quoque nos malè explicauimus *lib.* 16. *Coniect. cap.* 4. cùm diximus intelligendū esse Vlpianum de re quæ desierit extare post condemnationem: quòd certè non ita est, Sed de ea quæ ante condemnationem. Cùm enim alia ratio non sit propter quam in triticaria condemnationis tempus spectari oporteat quoties ad ineundam rei debitę & in condemnationem deductę ob contumaciam debitoris decurrendum est, quàm quæ à nobis allata iam fuit, quòd nouissimum illud tempus sit, quo solui res ipsa potuit, Fieri autē nequeat, vt soluatur res ipsa quæ petita fuit, si perierit ante condemnationem, licèt post moram & contestationem. Planè consequens est, vt in æstimanda re quæ præstari amplius nequit, nō aliud quàm mortis præcisè tempus spectari oporteat, Eâdem ipsa quam attulimus ratione, quòd nouissimum tempus illud sit, quo solui res potuit. Non enim possis dicere nouissimum tempus illud fuisse quo lis contestata est, quod nouissimum certè fuisset, si per condictionem certi res petita esset, quia exinde fuisset pecunia debita, & in actionis ac iudicij formulam deducta, non res quæ per contestationem petita erat: Quoties verò petitur res per triticariam, sicuti nihil nisi res ipsa petitur quæ debetur, non eius æstimatio, ita & rei soluendæ facultas durat vsque ad tempus condemnationis, si res tamdiu duret, aut si priùs res pereat quàm condemnatio secuta sit, durat saltem ad tempus vsque mortis, duratura diutiùs si res quoque durasset, quomodo licèt in dissimili specie ratiocinatur Papin. *in l. si seruus* 31. *D. famil. ercisc.* Quodnam igitur aliud tempus eo casu spectare possis, quàm mortis? Dices fortasse id ipsum quod nos aliquando mouebat, Imò verò deberi hoc casu præsentem rei æstimationem, cùm tractemus de re quæ desiit in rebus humanis esse post litem contestatam, & consequenter post moram, quandoquidem vix est, vt non moram semper contrahat qui litem contestatur, *l. 3. vers. tametsi D. de vsur.* Constat.n. moræ effectū ferè præcipuum

Digitized by Google

illum esse vt perpetuet obligationem, ita vt etiam res quæ post morã periit extare adhuc videatur,&quasi extet peti adhuc possit *l.si seruum* 91.*§.sequitur & §.vlt.D.de verb.oblig.* Vnde illud etiam fit, vt cùm ipsa tamen æstimatio sola prçstanda sit, quia res quantumcunque debita præstari nullomodo potest, necessarium sit in hoc casu iusiurãdum actoris, cùm sine delatione iurisiurandi nõ possit iudex aut alius vllus æstimare rẽ quæ non extat, vt elegãter ratiocinatur Marcianus *in l.in actionibus* 5.*vers.planè D. de in lit.iur.* Præsentis scilicet temporis habita ratione, vt nos interpretati sumus *lib.*16.*Coniect.cap.*13. Cur ergo, inquies, mortis tempus spectari vult Vlpianus *in d.l.*3. cùm homo per triticariam petitus desiit extare ante condemnationem, si præsens debetur æstimatio, Aut cur voluit Marcianus, re post morã perẽpta præsentem æstimationem deberi, adeóq; taxandam per iusiurandum actoris, si verum est quod nos ab Vlpiano dictũ volumus *in d.l.*3. Re per triticariam petita, si ante cõdemnationem extare desierit, mortis tẽpus spectãdũ esse? An potiùs Vlpianũ ex Marciano interpretabimur, vt mortis quidẽ tẽpus spectari oporteat in æstimanda re quæ per triticariã petebatur, & quç in reb. humanis ante condẽnationẽ esse desierit, sed actoris iureiurãdo eã çstimationẽ fieri sit necesse. Ego verò respondeo illã quidẽ semper in hac quæstione adhibendã esse distinctionẽ, vtrum cõdictione triticaria, an certi cõdictione quis experiatur, sed aliam quoque adhiberi oportere an res debita perierit post moram ante litẽ contestatam, an verò lite iã cõtestata. Nã cùm periit post litẽ contestatã & agitur condictione certi, neq; id obtinet quod ait Marcianus *in d.vers.planè*, neq; quod de triticaria Vlpianus *in d.l.*3. Id est nec prçsens çstimatio debetur, quæ fingatur esse tempore cõdemnationis, nec ea quç fuit reuera tempore mortis, sed illa prçcisè quç fuit tempore litis contestatæ. Litem enim iam contestatam fuisse ponendum est, cùm tractamus de condictione certi, vt & de alia actione qualibet. Siquidem nec actio vlla est, nisi quç datur à Prçtore, nec datur vlla nisi post litem contestatam. Litis autem contestatione ita nouatur debitum, vt præcedens obligatio perimatur, nouáque contrahatur, quæ proinde non ex alio tempore æstimari rem patitur, quàm quo fuit lis contestata. Itaque sicuti non alterius temporis æstimatio ineunda esset, quamuis petita species in tempus vsque duraret condemnationis, Ita nec si perierit illa post contestationem & ante condemnationem: Quia quo casu non esset inspiciendum tempus condemnationis si res extaret, eo casu neque inspiciendum est tempus mortis, si ante condemnationem res perierit, Cùm non alia ratio sistat æstimationem tempore mortis, quàm quòd post mortem augeri non possit æstimatio eius rei quç iã nulla est. Cùm verò agitur cõdictione triticaria, nõ litis cõtestatç tẽpus spectatur, quod prçcessit impetrationẽ actionis per quã res adhuc ipsa petitur quç extat præstariq; potest, sed vel tẽpus cõdẽnationis si tũ res adhuc extet, vel tẽpus mortis, si priùs extare res desierit, *d.l.*3. Sed cũ species debita periit post morã quidẽ verũ ante litẽ cõtestatã, neq; cõdemnationis tempus spectari potest, neq; mortis, quia nec triticaria eligi & exerceri amplius potest, pro ea re quç per rerũ naturam præstari amplius nequit. Quod.n. suprà diximus. Moræ effectũ illũ esse nõ solùm vt obligationẽ ipsã perpetuet, sed etiã vt res ipsa perinde acsi extaret, peti adhuc possit. *d. l.si seruum* 91. *§.sequitur & §.vlt.De ver.obl.* ad ius formámq; agẽdi pertinet, ne aliud petere actor videatur, quã quòd in obligatione est, nõ etiã ad effectũ exigendi, & potestatẽ soluẽdi *l.promissor* 21. *l.promiss.*23. *D.de cõst.pe.* vbi dicitur ꝑmissorẽ Stichi post morã defũcto eo hactenus posse teneri ex cõstituto, vt preciũ soluat, siue hominẽ ipsũ siue preciũ eius

soluta-

Digitized by Google

soluturum se constituat. Cúmque eligendæ condictionis triticariæ potiùs quàm condictionis certi ratio non ex alio pendeat quàm ex agentis voluntate malentis aut rem consequi quàm rei æstimationem aut æstimationem futuram, quàm præsentem, ridiculus planè is esset, qui re debita iam perempta triticariam eligeret, vt rem ipsam debitam, quæ iam nulla est, non ipsius æstimationem consequeretur. Ac rursum, cùm æstimatio non nisi in pecunia numerata possit consistere, prorsus consequens est, vt etiamsi res petatur, quæ post moram & ante litem contestatam, impetratámque actionem perempta est, cùm tamen non alia mente neque alia spe petatur, quàm vt sola æstimatio omnimodo præstetur, non alia vtique actione peti possit aut debeat, quàm certi cōdictione, in qua dicendum sit consequenter ineundam esse rei debitæ æstimationem ex tempore contestationis. Non enim sicut rei debitæ interitus omnem triticariæ quandocunque proponendæ spem & potestatem excludit propter impossibilitatem ipsius rei præstandæ, cuius scilicet solius præstatio petitur per triticariam, Ita & præripit facultatem exercendæ condictionis certi, Cuius necessitatem potius inducit, vel ob id solùm quòd nihil amplius consequi & sperare actor possit, nisi pecuniam & æstimationem. Proinde magis mirum in hoc casu videri illud possit, Cur litis contestatæ tempus spectemus in æstimanda ea re, quæ eo tempore quo contestatio fit, nulla amplius sit, ac non potiùs tempus illud quo res extare desiit, Maximè, si verum illud est quod pro vero posuimus, Rei peremptæ æstimationem augeri numquam posse. Sed ratio petenda est ex eo quod etiam diximus, Rem quæ post debitoris moram perempta fuit peti adhuc posse, non minùs quàm si adhuc extaret, propterea quòd fictione iuris extare adhuc videatur. Quidni ergo eandem æstimationem recipiet, quam reciperet, si extaret, id est eam quæ constituatur inspecto præcisè tempore litis contestatæ? Atqui quænam sit illa æstimatio, neque per viros probos sciri potest, neque alia vlla ratione, quàm per actoris iusiurandum: Vera enim æstimatio quærenda est eius rei quæ non tamen verè est, sed fictè tantùm, at fictione certa iuris quæ sine vero effectu esse neque potest, neque debet. Quomodo ratio illa Marciani explicanda est *in d.l. in actionibus 5. vers. planè De in lit. iur.* Ergo quoties debita res post moram periit ante litem contestatam non aliud ius est quàm si res adhuc extaret, siue de actionis competentis iure quæramus, quia vtroque casu condictio certi cōpetit, Nisi quòd hoc casu prorsus necessaria illa est, cùm si res extaret, eligi posset triticaria, Siue de ineunda rei æstimatione tractemus, quoniam vtroque casu æstimanda res est inspecto præcisè tempore litis contestatæ, Ex generali illa iuris regula quæ vult, quale quid est, cùm petitur tale dari oportere *l. 2. D. de vsur.* In eo solo hi casus differunt, quòd cùm res extat tempore litis contestatæ siue pereat posteà siue extet adhuc tempore condemnationis, facilè sciri potest quanti tùm fuerit, licèt non nisi per sententiam ineunda sit æstimatio, ciúsque ratio iniri commodè potest per viros probos qui meminerint videre rem, qualis, quantique fuerit tempore contestationis. Cùm autem iam eo tempore extare res desierat, neque iudicis neque alterius hominis vllius est eam æstimare, nisi oblato actori iureiurando. Ex quo intelligimus id quod suprà diximus, Ideò decurri necessariò in hac specie ad iusiurandum quòd rei non extantis præsens æstimatio debeatur, non sic esse accipiendum quasi eius temporis ratio habēda sit quo iuratur, quomodo intelligere videbimur cùm ad Marcianum scribebamus supradicto Coniecturarum nostrarum loco, sed eius demum quo res petitur, scilicet per litis contestationem. Quia omne tempus quod contestationem

ſequitur, aliud tempus eſt quàm petitionis, ſicut & quod præcedit, mota iam controuerſia *leg. ſed etſi 25. §. ſi ante de petit. heredit.* quandoquidem qui controuerſiam iam mouit, necdum litem conteſtatus eſt, non tam petit, quàm petere vult, *leg. amplius 15. D. rat. rem haber.* Cur ergo, inquies, litis conteſtatæ tempus inſpicimus, non de quo iuratur, cùm res quæ perempta eſt per actoris iuſiurandum æſtimatur. Tam enim facilè hoc eſſet quàm illud, parúmque referre videtur vtrius temporis ratio habeatur, cùm arbitrio & ſola religione iurantis fit rei æſtimatio. Imò verò, inquam, multum intereſt, cùm immutatis pro temporum varietate rerum preciis aliam atque aliam æſtimationem vtique conſtituturus ſit vir probus, qui ſic iurare volet vt nolit peierare. Quòd etſi non eſſet, adhuc tamen ratio iuris faceret, vt in æſtimanda etiam per actoris iuſiurandum re perempta litis conteſtatæ tempus præcisè ſpectari oporteret. Quoniam cùm non alio colore duret petitio rei poſt moram peremptæ, quàm quòd fictione iuris in pœnam moræ adhuc extare res exiſtimetur, abſurdum certè fuerit alio iure cenſeri condictionem certi, quæ poſt rem peremptam competit, quàm quo cenſeretur ſi res adhuc extaret. In qua ſpecie fatendum eſſet debere inſpici præcisè tempus litis conteſtatæ, tametſi eo tempore quo adhuc extaret, iuraretur. Quòd ſi quis cum interpretibus contra nos ſentiret, poſt contractam moram tanti æſtimandam rem eſſe, quanti plurimi vnquam fuiſſet. Equidem poſſet ille eodem errore admittere, Etiam iuriſiurandi tempus inſpiciendum eſſe ſi ex aliarum rerum extantium comparatione poſſit coniici multò pluris rem futuram eſſe ſi tùm extaret, quàm fuerit eo tempore quo fiebat litis conteſtatio. Nec enim vtique difficilius eſt rem quæ deſierit extare iam ante litem conteſtatam ex religione ac iureiurando actoris æſtimari inſpecto tempore iuriſiurandi, quàm inſpecto tempore litis conteſtatæ: ſicut nec illud abſurdius eſt, vt perempti hominis æſtimatio maior minórve ſit tempore quo fit æſtimatio per iuſiurandum, quàm fuerat mortis tempore, ſi neque hoc abſurdum eſt, vt in diem vſque litis conteſtatæ creſcat decreſcátve eiuſdem hominis perempti æſtimatio. Quare etſi admitterem in condictione certi obſeruandum idem eſſe hac parte quod obſeruaretur in iudicio bonæ fidei, vt rei per condictionem certi petitæ ineunda eſſet æſtimatio inſpecto tempore rei iudicandæ, ſi tum pluris rem eſſe appareret, quomodo volunt illi qui nullam hac in re differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris agnoſcunt, niſi cùm per iuſiurandum in litem res æſtimatur, vt iidem ſubiiciunt, Minimè dubitarem quin res petita etiam quæ ante litem conteſtatam perempta fuiſſet, tanti per iuſiurandum actoris æſtimari deberet, quanti eam eſſe crederet inſpecto præcisè tempore condemnationis.

ERROR DECIMVS.

Cur in condictione triticaria res quæ periit ante condemnationem æſtimetur ex tempore mortis non condemnationis.

Hæc

Hæc igitur cùm in certi condictione ita se habeant, illud duntaxat quærendum superest, Cur si res per triticariam petita, & quæ tempore actionis impetratæ extabat, pendente iudicio perierit, & ante condemnationem, æstimanda sit ex tẽpore mortis, non ex tempore condemnationis. Ex quo tamen esset omnimodo æstimanda si extaret: cùm non minùs extare videatur res quæ post propositam triticariam periit, quàm si ante condictionem certi impetratam periisset sola mora præcedente, Nec difficilius sit in triticaria, quàm in condictione ęstimari actoris iureiurando rem quæ licèt reuera non extet, pro extante tamen habeatur: Sicut nec difficilius est vt alia sit æstimatio tempore condemnationis licèt res perierit iudicio pendente, & ante condemnationem, quàm vt perempta re post moram & ante litem contestatam alia reperiatur æstimatio tempore litis contestatæ, quàm fuerit anteà tempore mortis vel morę. Hoc enim sanè est quòd præcipuam mihi dubitationem facit in explicatione *d.l.3. De condict. triti.* An fortè fauorabilior est certi condictio, quàm triticaria, vt in condictione certi possit etiam res perempta ęstimari per iusiurandum in litem, non etiam in triticaria? Atqui hoc dicere absurdum prorsus fuerit. Est enim actio vtraq; condictio, & consequenter vtraque stricti iuris, nec minùs odiosa mora, quę fit post litem contestatam in triticaria, quàm quæ fit ante litem ab eo contestatam, qui condictionem certi proponere destinauerit. Quinimò tantò odiosior, quãtò esse solet debétque fauorabilior causa eius qui litem contestatus est, quàm qui duntaxat mouit controuersiam *d.§. si antè & l.1.§.1.C. de annal. except.* Sed nec dubitandum est quin si qua sit inter strictas actiones differẽtia quod ad hoc vt aliæ aliis fauorabiliores videri possint, longè fauorabilior censeri possit triticaria, quàm certi condictio, siquidem per triticariam persequitur actor solutionem & præstationem eius ipsius rei quæ debetur: at per condictionem certi, nõ rem ipsam quæ ab initio fuit in obligatione, sed æstimationem quæ fuit tempore litis contestatæ, & quæ non nisi ex eo die cœpit esse in noua obligatione per contestationem ipsam quasi contracta *l.3.§. idem scribit D. de pecul. l. delegare 11. l. fundum 28. & seq. D. de nouat.* Ratio igitur tam obscura iuris huius certissimi ex eo petenda fortasse videatur, quòd homine ante condemnationem mortuo qui per triticariam petebatur, quemadmodum facultas eiusdem vnquam præstandi exinde prorsus intercidit, Ita & potestatem triticariæ actionis, quæ alioqui etiã in posterum tempus ad condemnationem vsque duratura fuerat, statim finiri necesse sit, & litem æstimari per sententiam, cùm nihil aliud sit, quòd expectari amplius possit, aut quod triticarię actionis naturam retinere debeat, ad æstimationem rei iã perẽptæ vlterius extẽdẽdã. An non.n. satis est, vt propter triticariã actionem propositam potuerit crescere æstimatio ex die litis contestatę in diẽ vsque mortis, Cũ si proposita fuisset certi condictio, ea ęstimatio neq; crescere, neque decrescere ex die contestatę litis potuisset? Vt enim possit crescere aut decrescere ęstimatio rei petitę per triticariam in id vsq; tẽpus quo res iudicanda sit, non ex alio fit quàm quòd in id vsque tempus petatur res ipsa & solui adhuc possit: Cui omnino consequens est, vt à quo tempore res ipsa neque peti, neq; præstari amplius potest, finiatur priuilegium triticariæ, & ad cęterarũ condictionum atque actionum stricti iuris omnium naturam & condicionem

redigatur in quibus generale est vt ex die litis contestatæ neque crescere vnquam neque decrescere possit æstimatio. Quod ergo in aliis condictionibus facit litis contestatio, hoc ipsum in triticaria facit mors hominis petiti & ante sententiam defuncti, quia vt suprà diximus, nouissimum id tempus fuit quo præstari res potuit, cuius præstationem vrgebat actor, fuitque idem finiendi iudicij tempus. Cúmque non nisi perabsurdè dici possit, liberatum esse reum, quòd petita res perierit post litem ab eo improbè ac perfidè contestatam, nec rursus videri queat iudex officio suo functus ante sententiam latam quæ vel absolutionem contineat vel condemnationem *l.1. l.quod iussu* 14. *l. iudex posteaquàm* 55. *D. de re iudic.* fatendum est condemnari reum debere necessariò ad præstandam perempti hominis æstimationem, & quidem quæ fuerit ipso mortis tempore ex natura condictionis triticariæ, cùm si proposita fuisset certi condictio, æstimationem illam ad tempus litis contestatæ, vt toties diximus, referri oporteret, non ad tempus quo actor mortuum hominem iureiurando suo æstimasset. Nil ergo necesse est, vt quis dicat solui hoc casu acceptum triticariæ iudicium, & conuerti triticariam in condictionem certi, nouámque in eam rem formulam, nouúmque iudicem peti cum possit sufficere iudicium triticariæ, & durare in tempus vsque latæ sententiæ, licèt priuilegium triticariæ quantum ad rem æstimandã durare post ipsius peremptionem non possit. Sícque haud dubiè accipiendum est, quod scribit Vlp. *in d.l.3.* in condictione triticaria, si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat condemnationis tempus spectandum esse, si res extet aut mortis si ante sententiam extare desierit, Scilicet vt ea æstimatio in iudicio ipsius triticariæ actionis fiat, & per sententiam in triticaria latam. Quandoquidem etiamsi homo mortuus non esset, qui per triticariam petebatur, nihil tamen aliud in sententiam & condemnationem deduci potuisset præter æstimationem. Quid autem interest, quod ad retinendam triticariam pertinet, an huius vel illius temporis ratio habeatur, dum ne ad tempus litis contestatæ, vt in condictione certi, cæterísque actionibus strictis æstimatio referatur? Ergo etiam post mortuum hominem petitum per triticariam durat nihilominùs actio, hactenus vt ex ea sequi possit condemnatio, & in cõdemnationem deduci non homo ipse mortuus, quamuis etiam post mortem extare adhuc intelligatur, quippe qui etiamsi viueret, non ideò tamen in condemnationem deduceretur, sed eius æstimatio quę condemnationis tempore fuisset. In cuius locum succedit æstimatio quæ mortis tempore fuit, cùm mortuus est homo ante condemnationem. Cùm semper verum sit tempus mortis vltimum illud fuisse quo solui res potuit, quod vnum iam toties diximus esse inspiciendum *d.l.si Calendis* 11. *De re iudic.* Quid? An non etiam perempti post moram hominis æstimatio crescere potest? Vtique potest. Alioqui mortuo post moram homine debito antequàm apud Prætorem peteretur, non posset alia ipsius æstimatio peti quàm quæ mortis tempore fuisset. Quid enim attineret aliud tempus posterius spectare pro eadem æstimatione ineunda. Atqui falsum est spectari eo casu tempus mortis. Spectatur enim tempus præsens, Non quidem rei iudicandæ, vt malè aliàs interpretabamur, sed litis contestatæ, & quo res petitur, *l.hominem* 37. *D.mandat. l.fundum* 28. *D.de nouat.* Scilicet per certi condictionem, quandoquidem aliud nihil peti potest quàm pecunia numerata, cùm ante impetratam actionem res debita iam perempta est. Et ob id nimirum necessarium est iusiurandum, vt diximus, actoris, per quod res quamuis ex iudicio strictò debita æstimetur. Quod non magis esset necessarium, quàm in actione legis-

legis Aquiliæ si ad tempus mortis referenda esset ęstimatio. Sed nego posse hominis ante contestationem & post moram mortui æstimationem crescere, nisi in tempus vsque litis contestatæ. Post litem contestatam non posse, si cōdictione certi aut qua alia quę stricta sit agatur: Quòd si post litem contestatam mortuus sit, frustra est quærere an crescat post mortem æstimatio, quę nec cresceret etiamsi extaret homo, quem actor per condictionem certi petiisset. Ad tempus enim litis contestatæ præcisè æstimationem referri oporteret. Sed si per triticariam petitus esset tùm ante condemnationem periisset, sanè cresceret quidem æstimatio etiam à die litis contestatæ in tempus vsque mortis ex natura condictionis triticariæ, sed non magis posset crescere æstimatio post mortem in triticaria quàm post litem contestatam in condictione certi, quoniam exinde præstari homo ipse amplius non potest, licèt possit sequi condemnatio in pecunia scilicet in qua & sententiam concipi oporteret, etiamsi homo viueret. Neque in hoc tantùm differentia est hac parte inter condictionem certi & triticariam, sed & in eo quòd in condictione certi iuratur ex necessitate in litem, ad æstimandam rem, quæ post moram periit ante litem contestatam, quoniam aliter æstimari inspecto præcisè tempore litis contestatæ, non potest res, quæ non extat: At in triticaria numquam iuratur in litem, non magis cùm res periit post litem contestatam & ante sententiam quàm si condemnationis tempore extaret, quia non difficilius vt æstimetur res quæ iam periit, cùm ad præteritum tempus contestationis quo extabat refertur æstimatio, quàm vt æstimetur res quæ adhuc extat, scilicet per viros probos, vt euenit in actione legis Aquiliæ, quemadmodum diximus. Denique in triticaria semper quidem lis æstimatur, quomodo & in certi condictione æstimari eam conuenit, sed aliter quàm in condictione certi, inspecto scilicet pręcisè tempore condemnationis, si res adhuc extet eo tempore aut mortis, si ante sententiam res extare desierit, semper verò citra iusiurandum. At in condictione certi inspecto præcisè tempore litis contestatæ omni casu, Adeóque per actoris iusiurandum, si æstimanda sit res quæ post moram & ante litem contestatam extare desierit. *d. l. 5. vers. planè D. de in lit. iur. d. l. 3. & l. vlt. De condict. tritic.* quarum prior de sola condictione triticaria loquitur, Posterior verò vt suprà monuimus de sola condictione certi.

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS LXXXIX.

ERROR I.

De eo quod scriptum est in d.l.3. de condict. tritic. spectandum tempus mortis ἐν πλάτει & de re facta deteriore post moram.

COGIMVR ex superioribus fateri & agnoscere grauiter nos errasse *lib.*16. *Coniect. cap.*4. & 5. cùm docuimus, sic accipiendum esse Vlpianum *in d. l.* 3. *de condict. tritic.* vt mortis tempus spectari voluerit in æstimanda re petita per triticariam, non si res debita perierit ante condemnationẽ, sed si posteà. Sensit enim proculdubio Vlpianus & tractauit ex Celso de perempta re ante condemnationem: Cùm solus ille casus sit in quo nõ possit esse Seruij sẽtẽtię locus qui cõdẽnationis tẽpus in ęstimatione rei per triticariã petitę ineunda spectandum esse adfirmabat. Nã si poneres peremptam esse rem post sententiam, quid obsecro impediret quominus inspici posset condemnationis tempus? An eò pluris minorisve res fuit condemnationis tempore, quòd ea postmodum perierit? Aut cur inspiciamus tempus mortis, quoties post condemnationem res perempta est, cùm etsi adhuc extaret, ipsum tamen condemnationis tẽpus spectari oporteret? Nimirũ quia vt in præcedentib. disputauimus per sentẽtiã semper lis æstimatur. Ex sententia verò nascitur & inducitur actio noua iudicati, *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* per quam sicuti pecunia semper petitur *l.*4. *§. Prætor. De re iudi.* ita nec alia quàm quæ in condemnationẽ deducta fuit, ac proinde inspecto præcisè tẽpore cõdẽnationis *l. si fundus* 16. *§. si pluris D. de pign.* Nec quod post condemnationem, nouam & continuam moram facere videatur is qui non satisfacit iudicato, ad rẽ pertinet: Quia nõ potest ea mora augere cõdẽnationẽ, quæ formã suã certam semel & ab initio habuit, *arg. l. centum Capuæ* 8. *de eo quod cer. loc. l. vero procuratori* 11. *§. pẽ. De solu.* sed tãtũ accessiones quas post sententiam non minùs præstari ęquũ est quàm si nõdum esset iudicatum, Ne alioqui sẽntentia ei noceat pro quo iudicatum fuit *l.*3. *in princ. D. de vsur. l. euidẽter* 16. *D. de exce. rei iud.* Ex quo etiã intelligimus quã futiles & inanes

sint

sint illæ nostrorum distinctiones licèt à nobis aliquando probatæ, An res debita, & in condemnationem deducta præstari adhuc possit, ita vt pleno iure fiat victoris an non, Vt si pleno iure fieri victoris queat omnimodo danda sit, nec de ipsius æstimatione ineũda tractari oporteat, si verò plenè pręstari nõ possit, tum verò decurrendum sit ad ineundam æstimationem præstandámque. Nam præter errorem illum mihi olim cum interpretibus cæteris communem, quòd condictionẽ triticariã à condictione certi hac parte non distinguunt, & de cõdictione triticaria sic loquũtur quasi possit illa interdum etiam esse bonę fidei, cùm tamen cõdictiones omnes sui natura sint strictę. Errãt etiã illi in hoc quòd putant, etiam ex condictione certi condemnari quem ad dandã rem ipsam quę debetur. Cùm è contrario in hac actione semper facienda sit cõdemnatio quãti res fuit tempore litis contestatę *l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vlt. De condict. tritic.* Sed grauiùs in eo, quòd volunt, etiam post condemnationẽ cogi pręcisè illum qui condemnatus est, vt rem ipsam pręstet, si possit eam pleno iure facere accipientis. Quod ne quidem in triticaria verum est vt ostendimus, licèt ex ea rem ipsam in iudiciũ & actionem deduci necesse sit. Omnimodo enim litẽ ęstimari per sententiam & condemnationem necesse est & actionem conuerti in necessitatẽ pręstandę pecunię, siue pręstari res possit siue non possit. Nisi quòd in debitoris arbitrio & potestate est satisfaciendo ante acceptum iudicium in condictione certi, & ante sententiam in triticaria euitare pecuniariam condemnationem. Nam post acceptum iudicium factámque nouationem obligationis per contestationem sera est oblatio eius quod debebatur, nisi cùm actum est triticaria. At nequidem in triticaria oblatio admittitur post sententiam, Ne in condemnati volũtate maneat, vt electionẽ habeat pręstandi vtrum velit, an rem ipsam quę in condemnationem deducta non est an litis ęstimationẽ ad quam fuit condemnatus. Cùm è contrario is qui obtinuit nihil nisi pecuniã ex iudicato petere possit, licèt etiam rẽ ipsam possit consequi si eam dare condẽnatus malit, & ipse consentiat. Alioqui sola noxalis actio illa est quę speciali quodam iure etiam post cõdemnationem in pecunia factã admittit in iudicati executione noxę deditionem ex lege 12. tabul. quę hoc nominatim induxit *in l. miles 6. §. 1. De re iudic.* Quare nec distinguendum est, an alienus aut obligatus sit seruus qui dari debuit, an proprius debitoris, Nisi quòd liberatur ante sententiã debitor dando seruum proprium qui pleno iure fieri possit accipientis: non liberatur autem si alienum dederit, vel obligatum qui posteà sit euictus, non magis quàm si dedisset ante iudicium acceptum *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* iunct. *l. cum quis 38. §. qui hominem l. si hominem 59. & l. si mihi alienum 92. l. qui res 98. & pass. D. de solut. l. non videntur data 167.* iunct. *l. quod euincitur 190. De regul. iur.* Cęterùm omni casu satisfaciendum est iudicato, & consequenter pręstanda necessariò pecunia quę in condemnatione deducta est. Quę si non soluatur, tùm verò capiuntur pignora, & distrahuntur ad explicandam per eorum distractionem pecuniam. Ergo vt proxima Decade disputauimus, non eò minus ferenda est sententia in triticaria, quòd pendente iudicio perierit homo qui petebatur, Imò tantò magis quantò maior necessitas est litis ęstimandę cũ homo ipse pręstari amplius nequit, perpetuata scilicet non tantùm obligatione, sed etiam quodammodo reipsa perempta, si non per moram quæ contestationem præcesserit, saltem per contestationem, quæ semper actionis cuiuslibet impetrationem præcedit. Sed ita tamen litis æstimatio ineunda est, vt mortis tempus non condemnationis inspiciatur, quòd nouissimum tempus

quo præstari homo potuit, tempus illud sit, quo mortuus fuit. Indéque nimirum occasionem sumit Vlp. *in d. l. 3.* monendi, Esse hoc lat ùs accipiendum, & *ἐν πλάτει*. Ne alioqui, inquit, ad exiguum precium æstimatio redigatur in seruo fortè mortiferè vulnerato. In quo tamen mirari quis possit, quod exemplum hoc nominatim Iureconsultus adfert: Quasi verò inspecto præcisè mortis tempore pluris videri possit homo qui moritur sine vulnere, quàm qui mortiferè vulneratus fuit: Vterque siquidem viuus moritur, cùm instans mortis vitæ adscribatur, *l. vlt. De condic. inst. l. qui duos 18. D. de manum. testam.* & eo instanti quo quis moritur certum iam esse incipit, nullius eum precij & vtilitatis esse, aut vnquam fore. Sed obseruandum est non ita Vlpianum ex Celso scribere, vt dicat instans mortis spectari oportere, sed tempus mortis quod ex pluribus constat instantibus, & quod ideò facilè possit recipere interpretationem illam *ἐν πλάτει*, quã instantis angustia non admitteret. Sensus igitur est inspiciendum esse non instans mortis, sed tempus illud quod præcedit: Quo tempore inspecto si ponas seruum mortiferè vulneratum, certè nullius precij erit ille prius etiam quàm moriatur ex vulnere, quod tamen non perinde dixeris in seruo qui citra vulnus, & quod licèt rariùs aliquando accidit, nullo lethali morbo correpti moriatur. Nõ idem in cæteris casibus seruatur, siue contestatæ litis aut moræ spectari oporteat, siue condemnationis. Tẽpus enim illud præcisè spectatur non *ἐν πλάτει* cùm non sit verendum ne illo casu æstimatio ad exiguum precium reducatur, Nisi proponas seruum ipsum, qui alterutro præcisè inspecto tempore æstimandus est, fuisse iam eo tempore vulneratum. Nam & tunc idem sequeretur absurdum & inconueniens, si hoc etiam casu contestationis aut condemnationis tempus præcisè non *ἐν πλάτει* inspiceremus. Ergo ęstimandus erit homo quanti fuit eo instanti præcisè antequam vulneraretur, aut saltem antequàm certum esset tale vulnus esse, ex quo esset ille omnimodo moriturus. Nec enim minor est hominis vulnerati æstimatio, quandiu speratur ex eo vulnere sanari posse, & in pristinum statum restitui. Quid igitur si perierit homo post condemnationem qui condemnationis tempore sanus erat & integer? Nòn mortis tempus spectabitur, siue præcisè, siue *ἐν πλάτει*, sed condemnationis præcisè, quamuis tùm pluris fuisse probetur cùm mortuus est, quàm cum in condemnationem deductus: Adeóque licèt nihil proponatur, quòd moram excusare possit contractam post sententiam à condemnato: Nempe quia, vt in superioribus diximus, condemnationem nihil augere potest, cùm nihil aliud peti ex iudicato vnquam possit, quàm quòd in condemnationem deductum fuit, *d. l. si fundus 16. §. si pluris D. de pignor.* Sequitur apud Vlpianum *in d. l. 3. De condict. tritic. In vtroque autem si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicesimo, habendam æstimationem, quanto deterior res facta sit.* Sensus est, In vtroq; casu de quo priùs dictum fuerat, Æstimandam scilicet rem esse inspecto præcisè tempore condemnationis, si tùm adhuc res extet, vel inspecto *ἐν πλάτει* tempore mortis, si ante condemnationem res in humanis esse desierit, sic æstimationem fieri oportere, vt ratio habeatur deteriorationis quæ contigit post moram in tempus vsque vel condemnationis vel mortis, Id est vt tanti res æstimetur, quãti æstimanda esset, si deterior antè facta non fuisset. Neque. n. æquũ est in præiudicium actoris minui æstimationem rei, ob id quòd facta sit ea deterior post moram debitoris: Sed quemadmodum res, quæ post moram tota perempta est, adhuc habetur tota pro extante, Ita & cùm deterior facta est, id est cùm ex parte periit, sic tamen habenda est quod ad ineundam æstimationem, ac si esset integra

tegra, nec vlla tenus diminuta. Nam neque præstari posset in eo statu deteriorationis, cùm id quod deterius redditur, reddi non videatur *l.3.§.1.D.commod.* Nisi conuenerit vt eadem quidem species omnimodo reddatur, sed habita ratione augmenti & diminutionis *l.æstimatis 50.D.solut.matr.l.si inter 21.C.de iur.dot.* Non igitur illa Vlpiani sententia est, vt rem deteriorem factam post moram æstimari oporteat inspecto tempore moræ, vt vulgo malè interpretantur. Fieri siquidem facilè posset vt seruus quamuis factus deterior post moram, pluris tamen esset tempore condemnationis, quàm fuisset tempore moræ ante deteriorationem, vt proinde facta esset deterior condicio actoris, si ad tempus moræ esset referenda æstimatio. Illud enim semper obseruandum est ne cum interpretibus nomina ista confundamus, Rei vilioris & deterioris, quæ sunt sanè diligenter distinguenda. Non quæcunque res fit vilior, etiam fit deterior, & contrà non sufficit fieri deteriorem vt vilior fiat. Siquidem euenit plerunque vt res facta deterior, pluris tamen sit hodie quàm fuerit ante deteriorationem. Et è contrario, vt fiat vilior quæ facta est melior, Aucto scilicet vel imminuto precio earum potissimùm rerum, quarum precia in singula ferè momenta immutantur, puta mercium, & seruorum *l.precia rerum 63.D.ad leg.Falcid.* Quid enim vetat quominus frumentum vel vinum etiam quod vetustate deterius factum est, carius tamen hodie sit, quàm superiore anno fuisset? Aut cur non pluris erit seruus licèt eluscatus, quàm esset anteà, si proponas adeò auctam esse seruorum æstimationem? Mirúmque sanè est hoc videre & agnoscere non potuisse nostros interpretes & ætate nostra magnos alioquin viros, qui aduersus hanc nostram opinionem scripserunt, contra quos tamen Schifordegherus noster tam subtiliter ac copiosè disputauit, vt à nobis aut desiderari aut addi nihil possit. Sic ergo intelligi debet, quod ait Vlpianus *in d.l.3.* si post moram res deterior facta sit, habendam æstimationem quantò deterior facta sit, non vt ea præcisè debeatur æstimatio quæ fuit tempore moræ, si fortè fuit res tùm vilior, quàm sit hodie post deteriorationem, sed vt siue vilior sit hodie, siue preciosior sic ineunda sit eius æstimatio, quomodo iniretur si deterior factus non fuisset: Quo casu haud dubiè pluris esset omnimodo & indistinctè. Nam siue ponas non fuisse auctam rerum eius generis, aut speciei æstimationem, fieri nequit, vt non sit hoc casu facta res vilior, quæ facta est deterior, Siue ponas ita auctam fuisse, vt etiam post deteriorationem pluris res sit, quàm fuerit anteà. Tamen fatendum est minoris eam esse, quàm futura esset si deterior facta non fuisset. Quoties enim diuersorum temporum ratio non habetur, vt quidque deterius sit ita vilius, & cùm augentur precia rerum, pluris semper sunt res quæ meliores, vel saltem non deteriores factæ sunt, quàm quæ deteriores. Et quo meliores fiunt, eò quoque preciosiores fieri illas necesse est, quàm futuræ essent si meliores factæ non fuissent. Et consequenter quod subiicit Vlpianus noster *in dicta leg. 3. in fine, Et ideò si quis post moram eiusdem seruum dederit non liberari eum: Quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio.* Non alium sensum habere potest, quàm hunc, vt æstimari rem oporteat habita relatione ad tempus illud quo mora contracta fuit, scilicet quantum ad qualitatem & substantiam rei. Id est vt in eo statu æstimetur, in quo erat tempore moræ & ante deteriorationem, & quanti seruus esset condemnationis tempore si eluscatus non esset: Sed

non quanti tùm erat si fortè hodie pluris sit seruus eluscatus, quàm esset eo tempore quo mora contracta est. Alioqui quod fauore creditoris receptum est, vt moræ tempus inspiciendum sit in eius maximè odium retorqueretur, & in lucrum debitoris morosi cederet, si ea præcisè deberetur æstimatio quæ moræ tempore, & ante rem deterioratam minor fuisset.

ERROR SECVNDVS.

De sententia l. hominem 37. D. mandat. in 2. resp.

HINC verò intelligimus quantopere ij errent, qui supradicta verba sic accipiunt, quasi velit Vlpianus æstimandum esse Stichum quanti plurimi fuit à tempore moræ, Cùm de æstimatione illa quanti plurimi nullum sit verbum apud Vlpianum, Et longè aliud sit dicere spectandum esse tempus moræ in re debita æstimanda, Aliud verò spectari debere æstimationem quæ fuerit ab illo tempore moræ. Idémque eorundem error est, cùm id quod ab eodem Vlpiano scriptum est in principio *dict. l.* 3. condemnationis tempus spectandum esse, ita illi intelligunt, Si eo condemnationis tempore Stichus plurimi fuit. Contrà enim sensus est, Condemnationis tempus præcisè spectari oportere, tametsi minoris sit Stichus eo tempore quàm fuerit tempore moræ vel litis contestatæ, quia sibi debet imputare actor quòd maluerit eligere triticariam, quàm certi condictionem, cuius beneficio consecuturus fuerat, quanti litis contestatæ tempore res fuisset: sibíque proculdubio & Prætori, Iudicique legem dixit cùm elegit triticariam, vt ad rem quæ deberetur præstandam æstimationem præcisè reus condemnaretur, inspecto tempore condemnationis, nec vllius æstimationis quæcunque antea fuisset præstatione liberaretur. Magísque miror sic istos sentire, quoties de speciei debitæ æstimatione ineunda tractatur, cùm aliud existiment, si non de specie, sed de merce æstimanda quæratur. Cur enim aliud in merce, aliud in specie debita obseruabimus, cùm nusquam huius distinctionis mentio fiat, At neque æstimationis quanti plurimi, nisi cùm vel de furtiua condictione agitur, vel de actione legis Aquiliæ, vt alibi tam sæpe disputauimus. Nam quod addunt idipsum Africano placuisse *in l. hominem* 37. *D. mandat.* in secundo responso magis ridiculum est, Cùm eo loco tractet Africanus de homine qui certo die dari debuerat, nec tamen datus fuerat. Quo casu non solùm contracta mora fuit per lapsum diei, sed etiam ita contracta vt non alia speciei debitæ possit iniri æstimatio quàm quæ illo die præcisè fuit, *l. vinum* 22. *de rebus creditis, dict. l. vltim. De condiction. triticar. l. quoties* 59. *De verborum obligation.* Nimirum quia dies ille nouissimum tempus fuit quo solui res potuit *l. si Calendis* 11. *D. de re iudic.* Idque sine dubio Africani sensus est *in dict. l. hominem*, vt speciei in diem certam debitæ æstimatio sumenda sit non ex tem-

tempore litis contestatæ, vt aliàs in actione ex stipulatu seruari solere eadem lex ait, sed ex illo die præcisè qui stipulationi insertus fuit, & quo dari res debuit, Ratione illa quam idem Africanus subiicit, quòd non debeat frustratori sua prodesse frustratio, quod sanè contingeret si res debita nec suo tempore soluta æstimaretur ex die litis contestatæ, si fortè minoris tùm res esset, quàm die stipulationis adueniente fuisset contracta per debitorem mora, Aut si fortè pluris, cùm per creditorem factum esset, quominus speciem debitam sua die acciperet. Dices non esse bonam rationem cùm è contrario futurum sit, vt prosit debitori sua frustratio, si ponas ex euentu post eius moram creuisse æstimationem rei debitæ, Et è contrario vt prosit creditori sua, si fingas decreuisse. Maior enim erit conditio hoc casu illius qui contraxerit moram, ita posito iure vt inspiciatur ea æstimatio, quæ fuit eo præcisè tempore quo dari res debuit, quàm si ex tempore litis contestatæ ratio æstimationis poneretur. Deinde an non saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit, vt Paulus ratiocinatur *in l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem. D. de action. empt.* Cur non ergo præsentis quoque temporis ratio habebitur, si pluris hodie res sit, quàm fuerit eo die quo mora facta est per debitorem. Nam & sic argumentantur illi contra quos disputamus. Respondeo primùm, Semper & omni casu bonam esse rationem Africani, tùm quoque cùm post moram debitoris, qui certo die rem dare debuit, aucta fuit rei debitæ æstimatio, vel cùm diminuta post moram creditoris, Quia scilicet imputare sibi vterque contrahentium debet, cur in stipulatione diem adiecerit. Cuius quippe adiectio facit, vt eius præcisè temporis æstimationem omnimodò spiri voluisse videantur, siue æstimationem post diem crescere, siue quod in dubio positum fuit, decrescere contingeret. Quæ res facit vt eo casu numquam possit esse locus condictioni triticariæ sicuti pluribus à nobis ad Errorem 4. Dec. 84. disputatum est. Si enim triticaria hoc quoque casu competeret, planè stultus esset creditor qui moram passus est, si mallet condictionem certi exercere quàm triticariam. Nec enim alia huius vel illius eligendæ vtilitas ex alio pendet quàm ex aucta vel imminuta post contractam moram æstimatione, vel ex spe quam creditor tempore litis contestatæ conceperit augendæ in futurum æstimationis vel minuendæ. Itaque si videret creditor auctam esse æstimationem ab eo tempore quo dari res debuit ex lege dictæ stipulationi, vel futurum vt augeretur adhuc ante condemnationem, posset ille agendo triticaria, non de condictione certi effugere damnum illud quod incurreret, si ea æstimatione quæ minor anteà fuit, contentus esse cogeretur. Quòd si contra videret imminutam esse æstimationem à tempore moræ per diei lapsum contractæ, aut prospiceret facile futurum, vt à die litis contestatio in diem vsque condemnationis augeretur, posset eligere condictionem certi, potiùs quàm triticariam, cuius electione se obstringeret, ne aliam æstimationem consequi posset, quàm quæ condemnationis tempore, quantumuis minima inueniretur. Quomodo obseruari debere suprà diximus cùm in stipulatione dies apposita non est. Sed ne fieri hoc possit illud impedit, quòd triticaria hoc casu non competit. Prius enim est vt competat, quàm vt eligi possit. Et ad hunc certè casum coarctari omnino debet, quod Africanus ait, si per promissorem mora facta sit aut per creditorem quominus

ſua die ſolueretur, moræ tempus ſpectandum eſſe, Neutri enim ſuam fruſtrationem prodeſſe debere, Scilicet vt huic ſententiæ ita demum locus ſit ſi mora contracta fuerit à debitore non per interpellationem, vt aliàs ſolet *l. mora* 32. *De vſur.* ſed per lapſum dici certæ, quę in ſtipulatione poſita fuerit. Cuius diei maior vtique vis eſt, quàm interpellationis ad contrahendã moram, cùm ſufficiat dies ad eã inducendam, tum quoq; cùm interpellatio fieri nulla poteſt defectu perſonæ quę interpelletur *l. ad diem* 77. *De verb. oblig. l. vlt. D. de leg. commiſſ.* Nec abs re, quoniam dies poſita in ſtipulatione pars eſt ſtipulationis *l.* 1 *§. editiones D. de eden.* Vnde eſt quòd licèt fructus non aliter ex ſtipulatione deberi poſſint, quàm ſi deducti ſint in ſtipulationem *l.* 3. *§.* 1. *D. de action. empt.* peti tamen poſſint actione ex ſtipulatu quoties fundus ad certam diem promiſſus, nec ſua die ſolutus fuit *l. ſi fundum certo die* 114. *De verb. obli.* Quis ergo miretur, Adiecta die in ſtipulatione, qua homo promiſſus ſit ęſtimari hominem, quanti fuit eo die præcisè, ſiue pluris tum fuerit, ſiue minoris. Nulla verò die adiecta, quanti ſit tempore litis conteſtatæ, non quanti fuerit tempore moræ per interpellationem contractæ, Nimirum quia in contractibus & iudiciis ſtrictis quale eſt iudicium, Ex ſtipulatu nulla interpellationis præcedentis & extraiudicialis ratio haberi poteſt, Sicuti nec moræ per eam contractæ, In quo maximè differunt actiones ſtrictæ à bonæ fidei actionibus. Hoc igitur ſolùm ad inducendam Africani ſententiam requiritur, vt dies appoſita ſit in ſtipulatione, At non etiam illud, vt æſtimatio maior fuerit eo die, quàm tempore litis conteſtatæ, cùm etiamſi minor fuerit, ea contentus eſſe actor debeat, qui talem tantámque ſtipulatus eſſe intelligitur. Neque vt condictionem certi elegerit ſtipulator, potiùs quàm t[illegible]iam, quam ſcilicet eligere etiamſi maximè vellet, tamen non poſſet tanquam minimè competentem. Quid? An non ſaltem hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit? *d. §. cùm per venditorem.* Sed aliud eſt deberi hodiè, Aliud verò deberi ſecundum hodiernam ęſtimationem. Debetur quidem adhuc hodie, ſed in ea æſtimatione quę fuit eo ipſo die quo dari res ex ſtipulatione debuit. Nec tamen de illo dubitandũ eſt, quin eum caſum tractet Africanus, quo rei æſtimatio poſt diem ſolutioni dictam, & poſt debitoris moram decreuerit, aut poſt creditoris moram creuerit, vt ratio illa ſubiecta oſtendit, quòd nemini fruſtratio ſua prodeſſe debeat. Quamuis illo etiam caſu, quo in contrarium eueniſſet auctam fuiſſe, vel auctum iri æſtimationem, non eò minùs eidem Africani ſententiæ locus eſſet de inſpiciendo tempore ſtipulationis in æſtimanda re debita, & quidem præcisè. Sed non ratione illa quam adfert Africanus, quòd nemini fruſtratio ſua debeat prodeſſe. At iſta potiùs quam attulimus iam *ex dict. leg. ſi Calendis.* quod nouiſſimum tempus illud fuerit quo ſolui res potuit. Cæterùm etiamſi admitterem quod aduerſarij falsò contendunt, Ex ſtipulatione quæ diem certam habuerit, etiam æſtimationem præſentem peti poſſe, id eſt quæ poſt debitoris moram creuerit, vel poſt moram creditoris diminuta ſit, Eo nimirum caſu quo mora per diei lapſum commiſſa eſſet, Non tamen fieret conſequens quòd illi volunt, vt æſtimationem Quanti plurimi induci oporteret, Sed tantùm vt ſpectari deberet vtro tempore pluris res fuiſſet, an moræ an condemnationis. Quomodo in bonæ fidei iudiciis loquitur Pomponius *in l.* 3. *§. vltim. de action. empt.* Quod ipſum planè nihil aliud eſt quàm ita ſpectari alterutrum tempus, vt medij temporis ratio nulla habeatur.

Quam

Quam tamen isti omnes sine lege & sine ratione vlla habendam esse volunt, Non videntes ita fieri vt melior sit condicio actionum stricti iuris, quàm earum quæ sunt bonæ fidei, ex quibus numquam præstatur æstimatio Quanti plurimi.

ERROR TERTIVS.

De differentia quam nonnulli ponunt inter speciem & mercem debitam in condictione triticaria.

SED quod addunt, hoc se arffirmare illo tantùm casu quo species non etiam quo merx debeatur, Deus bone, quàm absurdius & intolerabilius est! Non possunt ferre aut videre, inquiunt, Quomodo illud Quanti plurimi affingi Iuliano possit tractanti de merce debita *in dict. l. quoties 59. de verborum obligat.* & Vlpiano *in l. vinum 22. de reb. credit.* & Caio *in dict. l. vltim. De condict. tritic.* quibus locis volunt æstimari vinum *quanti tunc cùm petitum esset*, aut quod idem est, *quanti tunc cùm iudicium acciperetur.* Et tamen adfirmant quod scriptum est initio *dict. l. 3. condemnationis tempus spectandum esse*, & in fine eiusdem legis *ad tempus moræ reducendam æstimationem*, ita debere accipi vt æstimetur homo debitus quanti plurimi fuerit à tempore moræ, Aut vt spectetur tempus condemnationis, si eo tempore Stichus plurimi fuit. Quid verò est *in dict. l. 3.* amplius quàm in aliis legibus quòd huiusmodi interpretationem vel suadere, vel recipere faciliùs possit? Aut cur prima illa legis verba *in hac actione si quæratur res quæ petita est cuius temporis æstimationem recipiat, Seruius ait condemnationis tempus spectandum esse*, quæ vt nemo non videt sunt generalia ad rem quamlibet quæ per triticariam peti possit, coangustant illi ad speciem aliquam debitam, vt eum casum excludant quo non species sed merx debeatur? Fateor tractari in sequentibus de specie debita, cùm lex ait, mortis tempus inspiciendum esse *ἐν πλάτει*, si fortè seruus debitus, inquit lex, mortiferè vulneratus sit, Et ad tempus moræ reducendam æstimationem si seruus post moram elusçatus fuerit. Neque enim merx aut aliud quicquam quod in genere consistat, mori & perire potest vt neque deterius fieri nisi cùm vilius fit, quæ omnia in specie debita sunt diuersa, & ob eam causam specialiter notanda & exprimenda fuerunt. Sed non facit ea res, quominùs generaliter accipi debeat prima pars legis, cùm in eo quod ad condemnationem pertinet rei per triticariam petitæ & extantis tempore rei iudicatæ nulla sit inter speciem & mercem debitam differentia. Et tamen hoc vnum est quod in tota quæstione ista De ineunda rei debitæ æstimatione dubitationem facit, inexplicabilem sanè illis qui condictionis triticariæ vim & potestatem non intellexerunt, nec animaduerterunt, quod primi nos obseruauimus, in cæteris legibus omnibus quæ litis contestatæ tempus præcisè spectari volunt, non agi de condictione triticaria, quæ specialem quandam naturam habet, sed de condictione certi. Nam in condictione triticaria perpetuò & generaliter verum est condemnationis tempus spectandum esse suppositis tamen terminis habilibus, id est dummodò eo tempore res extet, neque aut in totum aut ex parte vlla perie-

rit, id est facta deterior non fit. Nam quæ fit deterior ex parte perit, vt iam dixi, ideóque æstimatur inspecto quidem præcisè tempore condemnationis, sed in ea tamen qualitate quæ fuit tempore moræ, vt suprà explicauimus. Et falsum est quod isti comminiscuntur adferri ab Vlpiano eam explicationem *nimirum si tempore condemnationis Stichus plurimi fuit*. Nihil enim tale video vel audio apud Vlpianum, Nec de Sticho aut alia specie debita, sed generaliter de alia re qualibet per triticariam petita deberet esse explicatio, sicuti fuit generalis propositio. Secundum quod eueniret vt contrà quàm isti velint, non minùs in merce quàm in specie per triticariam petita quanti plurimi æstimationem induci oporteret. Sunt ergo iidem suaues dum se torquent in quærenda ratione differentiæ inter speciem & mercem debitam inter quas tamen differentia nulla est. Hanc tamen differentiæ huius commentitiæ rationem adferunt & quidem vt addunt manifestam, Quòd in specie debita detrimentum post moram debitoris contingens in re ipsa & in ipso corpore contingat, vt cùm eluscatur seruus, cùm pars ædium incendio corripitur. Et ideò, inquiunt, hoc si post moram contigerit, ab ipso qui moram fecit sarciri æquum est, & debet præstari res qualis ante moram fuit, quoniam quale quidque est cùm petitur, tale dari debet. Porrò qui deteriorem factam rem soluit minùs soluit, quando per ipsum factum est sicut qui melius factum soluit, plus soluit *l. qui exceptionem* 40. *§.1. D. de condict. indeb.* At in tritico & alia merce detrimentum non tam in re quàm in tempore contingit. Qui enim, triticum debet, & triticum eiusdem bonitatis soluit, quamuis viliùs factum soluit totum quod debet. Excipitur, inquiunt, Nisi debitor moram fecerit. Sed hoc casu alterutrius tantùm temporis non etiam medij temporis rationem haberi, & actori electionem dari æquum est. Sic illi. Sed in omnibus vt ex præcedentibus apparet, parùm probabiliter. Nam detrimentum quod in specie debita contingit post moram, facit quidem vt moræ rationem haberi oporteat, sed non ad hoc vt ea æstimatio sumatur, quæ fuit moræ tempore, at potiùs vt talis res æstimetur, qualis erat ante moram contractam & ante deteriorationem quæ post moram superuenit, sed quanti tamen est tempore condemnationis, id est quanti esset eo tempore si post moram deterioratio nulla superuenisset. Si enim ponas seruum qui post moram eluscatus fuit, pluris esse tempore condemnationis quàm fuerit tempore moræ non liberabitur debitor præstando æstimationem quæ fuit tempore moræ, Ne prosit ei & moram fecisse & seruum ipse fortassis eluscasse: Sed condemnandus erit, non solùm quanti seruus est eo tempore quo res iudicatur, sed quanti esset eo ipso die si eluscatus non fuisset. Hoc ipsum autem ideò, non quia quale quidque est cùm petitur tale dari debeat *dict. l. 2. de vsur.* [non enim ad eam petitionem id pertinet quæ fit per interpellationem extraiudicialem, sed ad eam demùm quæ per litis contestationem *l. amplius* 15. *D. rat. rem haber.*] Sed quia etiamsi ex contractu stricto quid debeatur, moræ tamen effectus perpetuus ille est, vt & obligationem & rem ipsam licèt in totum peremptam perpetuet, quasi adhuc extantem, *l. si seruum* 91. *§. sequitur & §. vltim. De verborum obligat.* Quantò magis rem factam deteriorem, vti ne ex parte quidem periisse videatur? Rursùm quod addunt detrimentum in tritico & alia merce qualibet non tam in re quàm in tempore contingere æquè falsum est. Nam quemadmodum merx numquam perire potest vti nec aliud genus quodlibet cùm recipiat functionem in suo genere, Ita nec deterior fieri potest, siquidem quicquid deterius fit, ex parte perit.

perit.

perit. Et qui pro bono frumento soluit frumentum minoris bonitatis, ideò liberari non potest, non quia minùs soluit, sed quoniam aliud soluit. Non enim frumentum recipit functionem in suo genere nisi frumentum quod soluitur sit eiusdem bonitatis & qualitatis. Alioqui ferè est vt nec eiusdem generis esse videatur. Nec quod frumentum debitum factum sit vilius post moram efficere potest vt idcirco deterius factum dici possit cùm fieri possit pro temporum varietate vt triticum Africum optimum hodie minoris sit quàm fuerit anno superiore, Romanum triticum vilissimum. Quis enim ob id dixerit triticum Africum optimum quod hodie soluitur, deterius solui? Quidni ergo liberabitur debitor, talis tritici solutione, maximè si per triticariam conueniatur? Nam & si condictione certi vrgeretur, non tamen eam deberet æstimationem, quæ fuisset moræ tempore, sed illam demùm & præcisè quæ tempore litis contestatæ nulla temporis præcedentis habita ratione. Cur non igitur idem obtinebit in triticaria? An fortè minùs stricta est condictio triticaria quàm condictio certi? vt moræ rationem aliquam ad augendam condemnationem possit admittere? Concludamus ergo in hoc etiam casu tanti æstimandum esse triticum quanti sit tempore condemnationis, non quanti fuerit tempore moræ. Illa namque Vlpiani distinctio quæ sequitur *in dict. l. 3. de condict. tritic.* an res debita perierit ante condemnationem, aut deterior post moram facta sit non ad mercem, sed ad speciem debitam pertinet, quæ sola & perire & deterior fieri potest. Et hoc quoque ad æstimandam rem inspecto tempore condemnationis, scilicet quanti futura erat illo tempore si deterior facta non fuisset, non autem quanti fuerit tempore moræ. Tantum abest vt alterutrius temporis electionem, quomodo isti volunt, actori dari æquum sit. Sed istorum error ex eo nascitur, quòd Rem factam viliorem, & factam deteriorem pro synonimis accipiunt, Nec distinguunt an dicamus, Rem talem æstimari qualis fuit tempore moræ ante deteriorationem quod verum est, An verò tanti æstimari quanti fuit tempore moræ vt iidem volunt, quod certè falsissimum est. Æstimari enim illam oportet, qualis quidem fuit moræ tempore, sed quanti tempore condemnationis.

ERROR QVARTVS.

De actionibus arbitrariis.

DIximvs quantum satis est de condictione certi, & de triticaria: quibus proxima illa est, quæ De eo quod certo loco appellatur, quam proprio & speciali quodam nomine Iureconsulti arbitrariam vocarunt. Ideóque ratio postulat vt de actionibus omnibus arbitrariis subiiciamus. Est enim tractatus sanè & vtilis & perobscurus, in quo non magis recentiores quàm priscos interpretes video sibi satisfecisse. Adeò vt non puduerit Iasonem post multa copiosè magis quàm subtiliter, vt soler, de hoc genere actionum tractata, concludere, Malle se in hac quæstione ab aliis doceri, quàm alios docere. Etsi autem nostris Coniecturarum libris tam multa iam de iis scripsimus, vt non magis posthac dubitari

possit quid de actionibus istis arbitrariis sentiendum sit ab omnibus, quàm quid nos ipsi sentiamus. Cogimur tamen eandem tractationem repetere vt nouos errores, qui à recentioribus nonnullis post Coniecturas nostras editas inuecti sunt, refellamus. Sunt enim illi tantò periculosiores quantò subtiliores, & Magni Iureconsulti authoritate comprobati. Putat ille actiones arbitrarias nullas esse nisi Prætorias: Ciuiles omnes aut bonæ fidei esse aut stricti iuris, nullas penitus arbitrarias. Itaque nec ciuilem rei vindicationem quam interpretes cæteri omnes hucusque primam nominarunt inter arbitrarias, neque actionem de seruitute confessoriam & negatoriam, & alias si quæ sunt eius generis arbitrarias esse patitur, sed strictas esse vult. Quod nos nec admittere possumus, nec ferre. Mihi in eo conuenit cum viro doctissimo, quod nobiscum ille sentit, Actiones arbitrarias æstimari ex formula, sicut & eas quæ vel bonæ fidei vel stricti iuris appellantur. Etsi enim aliud est semperque fuit Actionem dicere, Aliud actionis formulam, vt ex eo apparet, quòd cùm hodie actionum impetrationes & formulas à posterioribus Imperatoribus sublatas fuisse constet *l. 1. & 2. Cod. de formul. & impetr. act. sublat.* actiones tamen ipsas sublatas esse nemo benè dixerit: Non aliunde tamen veteres illæ tam multæ actionum differentiæ fluxerunt, quàm ex diuersitate formularum, vt iam à nobis alio, nec vno loco demonstratum est. Nam in bonæ fidei iudiciis addi solebant verba illa *ex bona fide*, aut vt in actione rei vxoriæ *quanto æquius melius*, quemadmodum refert Cicero *lib. 3. De offic.* & Iauolenus noster innuit *in l. penultim. in fin. D. solut. matrim.* & Proculus *in l. si cùm Cornelius 82. in fin. De solut.* aut quod effectu idem est *ex bono & æquo l. etsi quis 14. §. hac actio D. de relig. & sumpt. funer.* In strictis nihil tale addebatur, ob idque stricta vocabantur, quòd formulam haberent præcisam, per quam iudex nihil aliud facere iubebatur, nisi vt condemnaret, nulla ei data potestate vt hoc potiùs quàm illud faceret prætextu æquitatis, Cuius scilicet nulla in huiusmodi iudiciorum genere ratio haberi poterat, sed in iis tantùm quæ erant bonæ fidei, sic dicta non quasi aliqua sint malæ fidei [bonam enim fidem quæ dolo & malæ fidei opponitur in omnibus contractibus desiderari certum est *l. bonam fidem 4. Cod. de oblig. & action.*] sed quòd in cæteris nulla æquitatis ratio condemnationem augere ac dilatare possit, siue stricta illa sint, siue arbitraria. Non enim existimandum est arbitraria sic dicta esse, quòd in iis arbitrio iudicis fiat condemnatio ex bono & æquo, licèt ita videatur sensisse Tribonianus *in §. præterea Institut. de action.* Sed quia pendent ex arbitrio iudicis, vt ibidem Tribonianus fatetur, cùm nulla ex illis possit sequi condemnatio nisi arbitrio iudicis præcedente, nec aliter quàm si arbitrio parêre noluerit is qui aliquid facere iussus est, per totum illud tempus qnod liberum habet ad parendum, id est à die redditi arbitrij ad diem vsque sententiæ & condemnationis *l. item si cùm 14. §. in hac actione & sequent. D. quod met. caus.* Cæterùm nulla actio arbitraria est in qua liceat iudici dato condemnationem facere pro arbitrio, & ex bono & æquo, siquidem habent omnes suam propriam naturam, certámque condemnationis formam & legem à qua non magis licet iudici recedere, quàm in iudiciis strictis à præscripto formulæ, Vt puta in actione De eo quod metus causa, Si res per metum aut per vim extorta non restituatur arbitrio iudicis, cogetur omnimodo iudex quadrupli condẽnationẽ infligere, nec aliam poterit etiamsi maximè velit, quoniam ea pœna edicto Prætoris constituta est *dict. l. item si cùm 14. §. 1.* In actione

quoque

quoque de dolo arbitrio iudicis restitutio comprehenditur, Et nisi fiat restitutio, sequitur necessariò condemnatio quanti ea res est *l. arbitrio 18. D. de dolo.* In directa rei vindicatione, & in Publiciana quæ nihil nisi vtilis, & prætoria vindicatio est, arbitrium quoque præcedit de restituenda re petita, vbi pronunciatum est rem esse petitoris vel fuisse ab eo bona fide possessam: Cui arbitrio si non pareatur, condemnatio facienda necessariò est quanti actor in litem iurauerit. Nisi quod Tribonianus totum hoc ius peruertit inducta necessitate restituendi rem & parendi arbitrio si restituendæ rei habeat facultatem, *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* de qua iam scripsimus tam multa & de cæteris ad hunc tractatum pertinentibus *libr. 16. Coniectur.* Ius enim vetus ita fuisse vt etiamsi res petita præsens fuisset eiúsque restituendæ facultatem actor habuisset, condemnari tamen reum oporteret quanti actor in litem iurasset, apparet manifestè ex *l. eius rei 46. cum sequent. D. eodem titul. D. de rei vindic.* vbi scriptum est, Eius rei quæ per vindicationem petita tanti æstimata est quanti actor in litem iurauerit dominium statim ad possessorem pertinere, quasi cum domino transegisse & decidisse videatur eo precio quod ipse constituit, Nimirum si res præsens sit: Quæ tamen non potest esse præsens quin eius restituendæ habeat possessor facultatem, ita vt nec manu militari vlla in id opus sit, sufficiente scilicet sola iudicis authoritate: Nam & inde est quod qui rem mobilem de qua sit controuersia vindicari quidem à se passus non est, sed tamen in ius duci vel ferri passus est, is non videtur ius dicenti non obtemperasse quasi non fecerit quod extremum est in iurisdictione, sed is demùm qui rem duci vel ferri passus non est *l. vnic. D. si quis ius dicent. non obtemp.* Rem enim vbi præsentem habet Prætor, vel iudex à Prætore datus, non indiget vtique litigantium voluntate vt de re illa decernat & faciat quicquid velit. Sed & si res petita & per iusiurandum actoris post adiudicationem æstimata absens sit, Scribit tamen Paulus supradicto loco tunc fieri dominum eius rei possessorem, cùm possessionem possessor nactus fuerit ex voluntate actoris. Et ideò non est alienum, inquit, non aliter rem æstimari à iudice quàm si cauerit actor per se non fieri possessionem eius rei non traditum iri. Quid enim opus esset ea cautione adeóque iureiurando in litem vllo, si manu militari cogendus esset actor rem restituere? Nam & nihil vetat rem esse absentem & nihilominùs restituendæ illius facultatem superesse possessori, Nisi ponas rem non modò absentem sed etiam peremptam esse, quo tamen casu non nisi absurdè & ridiculè interponeretur illa cautio, quam interponi vult Iurisconsultus. Sed etsi ius vetus tale olim fuisset, quale nobis finxit Tribonianus *in dict. l. qui restituere*, vt in rei vindicatione non iureiurando actoris æstimanda lis esset sed manu militari cogendus reus ad restituendam rem cuius restituendæ haberet facultatem, Tantò magis tamen verum esset quod volumus in arbitrariis actionibus non permitti arbitrio iudicis condemnationem, sed certis finibus concludi quos transilire iudex nullomodo possit, Sed quibus tamen aliquid aliud contineri necesse sit quàm rei petitæ adiudicationem, & restitutionem. Alioqui sanè superuacuum, & derisorium esset ante sententiam adiudicari rem à iudice ferríque arbitrium de re restituenda si post tale arbitrium redditum nihil ei tanquam Iudici faciendum superesset, nisi quod quasi arbiter iam fecisset. Atqui certum est

in huiusmodi actionibus, quemadmodum necesse erat ferri arbitrium de petita re restituenda priusquàm ad diffinitiuam sententiam & condemnationem perueniretur, Ita & debuisse pronunciari rem esse petitoris priusquàm arbitrium vllum de ea restituenda sequi posset. Quonam enim iure aut iuris colore arbitraretur iudex tanquam vir bonus, Debere me tibi restituere rem petitam, quam nondum pronunciasset tuam esse? Idque apertè Paulus scribit *in l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic.* vbi quod ait *& index sententia declarauit meum esse*, non ad sententiam diffinitiuam referendum est quæ plenissimam condemnationem irrogasset, quippe postquàm nullus arbitrio iudicis locus reliquus esse posset qui semel officio suo siue benè, siue malè functus esset *l. iudex 55. De re iudic.* Præter id quòd stultus esset iudex, boniqúe arbitrij inops, qui post plenissimam condemnationem irrogatam adhuc ageret virum bonum, & arbitrio tantùm committeret id, quod sententia diffinitiua in exequendi necessitatem transtulisset. Neque verò sic fertur arbitrium vt iudex rem petitam & quam petitoris esse iam pronunciauit, iubeat omnimodo restitui actori, Sed vt arbitretur debere restitui, Aut iubeat quidem [nam & arbitrium illud iussum etiam appellatur] sed non præcisè ac omnimodo irrogata parendi necessitate. At causatiuè, vt nostri loquuntur, id est si malit condemnationem illam pleniorem, & absolutam quæ iamiam immineat, euitare. Huiúsque iuris ratio illa fuit, quòd cùm Restituere sit facti, [nihil enim aliud est restituere, quàm possessorem facere, fructúsque reddere *l. plus est 22. de verborum significat.*] nemo autem præcisè cogi possit ad factum, ne quidem per Prætorem, quoniam ea res fieri nequeat citra vim & impressionem quæ ciuis Romani libertatem infringeret. Consequens fuit, vt ea restitutio quam fieri oporteret ei cuius rem esse pronunciatum esset, non per sententiam diffinitiuam à iudice tanquam à iudice omnimodo imperaretur, sed per modum arbitrij, id est tanquam de arbitrio & viro bono, vt si per contumaciam arbitrio parêre heres nollet, non tam Prætoris maiestas, vel iudicis dati authoritas neglecta videretur, quàm grauioris irrogandæ condemnationis data occasio. Alioqui adiudicationem & arbitrium præcessisse sufficeret, nec aliam vllam condemnationem sequi necesse esset, si exequendæ restitutionis necessitas ex adiudicatione & arbitrio inferri posset. Quod nec dissimulare Tribonianus potest *in dict. l. qui restituere*, cùm sub nomine Vlpiani ait, Post translatam manu militari possessionem officio iudicis ab eo qui restituere iussus parêre noluit, non nisi fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnationem faciendam superesse. Ad quid enim aliud condemnari posset is qui iam rem restituisset? Imò nec Tribonianus dicere ausus est, cogendum eum manu militari parêre arbitrio, & rem restituere quod sine vi & coactione fieri nullomodo posset, sed hoc tantùm, Aufferendam ab eo manu militari possessionem: quæ res patientiam condemnati solam exigit, non etiam factum. Illa igitur Pauli verba *in dict. §. 1. l. & ex diuerso, & iudex sententia sua declarauit meum esse*, non de sententia diffinitiua intelligi debent, sed de interlocutoria duntaxat quæ nec propriè sententia est cùm finem liti non imponat, tanquam quæ nec absolutionem contineat, nec condemnationem *l. 1. l. quod iussit 14. & pass. D. de re indic. & titul. Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Declaratio enim illa, si per se sola spectetur, neque absolutio, neque condemna-

demnatio est, nec aliud quicquam quod simile videri possit. At neque illa adiudicatio est quam Vlpianus recenset inter sex illos veteres modos acquirendi iure Quiritium dominij in *Frugment. Titul.* 19. *De acquisit. rer.* Cuius exemplum idem Vlpianus ponit in adiudicationibus quas officio arbitri fieri necesse est in actionibus Finium regundorum, Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, vt quod anteà vel commune, vel proprium vnius fuerat, alterius fiat. Extra quam causam numquam per sententiam siue arbitri, siue iudicis ante iudicati executionem transferri, aut acquiri dominium potest vt alio commodiore loco aduersus communem interpretum nostrorum traditionem hac ipsa Chiliade ostendemus. Hæc namque pronunciatio quæ fit in iudicio vindicationis tantùm abest vt fiat ad transferendum dominium in actorem, vt nec aliud sit quàm declaratio quòd dominium pertineat ad actorem, *dict. §.* 1. qui si iam est dominus, magis dominus fieri non potest *l. non vt ex pluribus* 159. *de regul. iur. §. sic itaque. Instit. de action.* Sed ridiculi fortasse videamur qui de ciuili & directa rei vindicatione sic tractamus quasi sit illa arbitraria, Cùm tamen disputationem aduersus eos susceperimus qui hoc ipsum negant nullámque ciuilem actionem arbitrariam esse volunt, Esséque hoc nomen earum duntaxat actionum quas Prætoris iurisdictio introduxit: Quod ex iis quæ iam hoc capite De actionibus arbitrariis generatim disseruimus, non erit difficile refellere.

ERROR QVINTVS.

De actionum arbitrariarum definitione. Ad §. praeterea 31. *Instit. de action.*

FATENTVR illi contra quos disputamus, actionum differentias pendere ex differentiis formularũ, quod certè verissimũ est. Neq; tamẽ volunt admittere æstimandas esse arbitrarias ex formula, sed ex sola æquitate Prætoris, cui visum est, inquiunt, hanc clausulam *arbitrio tuo* certis tantùm actionibus suis addere & permittere Iudici vt in illa causa arbitretur, de qua est iudex, quod regulariter non licet, Non magis quàm vt in qua causa iudex aliquis est, in eadẽ vel testis, vel Aduocatus esse possit. Itaq; non negant hãc esse propriam & essentialẽ notam arbitrariarum actionum, vt nulla sit actio cum hac clausula *arbitrio tuo* quæ non sit arbitraria, Nullam arbitrariam, quæ hanc clausulam non habeat: Sed negant in omnibus actionibus in quibus petitur rei restitutio solium Prætorem adiicere mentionem arbitrij, at in quibusdam duntaxat, iis scilicet quæ essent Prætoriæ, nec in iis tamen rursum omnibus, sed in iis solis quæ propositæ sint eo edicto quòd arbitrij iudicis fecerit mentionem: vt in edictis De eo quod metus causa, De dolo, De Publiciana, & De eo quod certo loco. Itaque alias actiones etiam Prætorias aut ædilitias in quibus ex edicto Prætoris si res non restituatur, condemnatio fit, negant esse arbitrarias. Qualis illa, quæ in duplum aduersus publicanos ex edicto de quo *in l.* 1. *De public. & vectig.* Non tamen quæ ab Ædilibus proposita est redhibitoria de qua *in l. redhibere* 21. *§. idem Pomponius l. redhibitoria* 45. *& pass. D. de ædilit. edict.* Hanc enim volunt arbitrariam esse, itémque æstimatoriam. Quantò minoris

ex *l. bouem 43. §. penultim. eodem.* Rursúmque Caluisianam & Fauianam ex *l. 1. §. si quis in fraudem & §. si seruo D. si quid in fraud. patron.* & Paulianam *l. vltim. §. si à socero D. quæ in fraud. credit.* Denique actionem illam in factum quam dat Prætor ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa, Ex *l. 4. §. vltim. l. ex hoc edicto 8. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Præter cæteras illas omnes quas Iustinianus expressit *in §. præterea Instit. de action.* In summa sic isti arbitratias actiones definiunt aut potiùs describunt vt sint illæ quarum formulæ ex edicto Prætoris inferitur arbitrium iudicis, & per hoc permittitur iudici vt æstimet quomodo actori satisfieri oporteat, vt si reus ad sententiam vsque paruerit arbitrio, condemnationem vitet. Ego verò miror primùm eorum ingenium, qui nouam nobis afferunt arbitrariarum actionum definitionem, Non contenti ea quam Tribonianus attulit *in d. §. præterea*, quæ sanè, si rectè intelligatur, est quàm optima. Actiones si quidem arbitrarias interpretatur, id est inquit, ex arbitrio iudicis pendentes, quod vnum sufficeret ad actionum arbitratiarum vim bene percipiendam. Pendet enim proculdubio ex arbitrio iudicis dati, At non eo sensu qui vulgaribus interpretibus placet. Quasi sit in arbitrio & potestate iudicis, quam & qualem velit infligere condemnationem, quod nos capite superiore refutauimus. Sed quia vt sequitur *in eodem §.* in potestate & arbitrio iudicis est vt ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam æstimet quemadmodum actori satisfieri oporteat, Scilicet antequàm veniat ad condemnationem vel absolutionem. Si enim arbitrio non pareatur sequetur condemnatio. Si pareatur, sequi absolutionem necesse est. Vnde apparet quàm parùm subtiliter isti verba supradicta sic interpretentur, vt huiusmodi actiones arbitrariæ sint in pendenti quasi condicione, quodammodo suspensæ, nec priùs actiones dici possint, quàm condicioni in iis appositæ paritum non sit. Sunt, inquiunt, arbitria primùm, etsi arbitrio pareatur non sunt actiones, nec ex iis sequitur infamia *l. furti 6. §. qui iussu D. de his qui not. infam.* nec dupli nec quadrupli condemnatio *dict. l. redhibitoria 45. de ædilit. edict. dict. l. item si cùm 14. §. 1. & §. in hac actione D. quod met. caus.* Addunt *nec cætera omnia quæ propria sunt actionis cuiusque, Et ita demùm sunt actiones tales si non pareatur arbitrio iudicis.* Prorsus improbabiliter nec satis verè. Non enim actionis cuiusque proprium est vt ex ea omnimodo sequi debeat condemnatio, sed vt alterutrum vel condemnatio, vel absolutio. Solius quidem condemnationis mentio fit in formula non etiam absolutionis, quia formularum omnium verba sic ad iudicem datum diriguntur, *si paret &c. tu eum condemnato.* Sed quia nemo potest condemnare qui non possit etiam absoluere, vt scriptum est *in l. 3. D. de re iudic.* consequens est vt absoluendi facultatem iudex non minùs habeat quàm condemnandi. Eiúsque iuris ratio non aliunde, quàm ex ipsius formulæ verbis petenda est. Non enim per formulam iubetur præcisè iudex reum condemnare, sed ita demùm *si paret* benè fundatam scilicet actoris intentionem. Quam proinde si non possit actor probare plenissimè, nihil aliud facere iudex potest nisi vt reum absoluat *l. qui accusare 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* Nam nec petitor condemnari vnquam potest: sed quod casu succumbit nec obtinere potest, summoueri dicitur, non condemnari, reus autem absolui. Isque verus & germanus esse videtur sensus eius, quod veteres dicebant, Iudicia omnia esse absolutoria *§. vltim. Institut. de perpet. & tempor. act.* non qualem eo loco fingit Tribonianus, Vt si ante rem iudicatam is cum quo actum est, actori satisfaciat, officio iudicis conue-

conueniat eum absoluere, licèt in ea causa fuerit iudicij accipiendi tempore vt damnari deberet. Id enim cùm fit, non fit vi formulæ, vt Tribonianus ipse fatetur, sed officio tantùm iudicis, Nec proinde potestate, & vt loquuntur calore iudicij, cuius ea ratio est vt in inuitum reddi debeat *l. inter stipulantem 83. §. 1. De verbor. obligat.* Sed potiùs ex voluntate & consensu litigantium, cùm ponamus actori satisfactum esse. Quemadmodum & quoties conuenit inter litigatores quid pronuncietur, non aliam quàm huiusmodi sententiam proferre iudex potest *l. si conuenerit 26. D. de re iudic.* Quid enim aliud iam petere actor possit, cui satisfactum esse eo modo quo voluit siue per veram solutionem, siue per satisfactionem quæ solutionis loco fit? *l. si rem 9. §. cùm is D. de pignor. act. l. item liberatur 6. §. 1. D. quibus mod. pign. vel hypothec. soluit. l. satisfactio 56. D. de solut.* Aut quid aliud agebat Prætor cùm daret actori formulam, aut iudex datus, cùm inciperet de facto cognoscere, quàm vt controuersias litigantium dirimeret? A quibus si sponte recesserint, quid ratum id habere & Prætor & iudex debeat? *l. 1. §. inde quæritur D. de oper. noui nunciat.* Cæterùm etiamsi neque satisfacere, neque quicquam præstare reus velit, non eò minùs absolutorium erit iudicium quodlibet si modò intentionem suam actor non impleat. Nec officio tantùm iudicis id continebitur, sed ex necessitate formulæ, vel inuito vt dicam iudice sic euenire necesse est, Tanquam deficiente condicione sub qua iussus fuerat iudex reum condemnare. Est enim id proprium condicionum omnium, vt suspendant actum cui inseruntur, & deficientes faciant deficere dispositionem. Condicio autem illa *si non paret* quæ inseritur formulis omnium actionum non dationi actionis inseritur, quod maximè obseruandum est, sed condemnationi. Non enim dat Prætor actionem & formulam sub condicione sed purè. Neque rursus præcipit iudici vt condemnationem irroget condicionalem, quod nec fieri potest, siquidem vicium est condemnationis si condicionem aliquam habeat, aut quam aliam incertitudinem *l. 3. & 4. Cod. de sentent. quæ sin. cert. quant. profer.* Sed iubet sub condicione vt pura fiat condemnatio. Et consequenter vt si condicio deficiet sub qua iudex purè condemnare iussus est actore scilicet non probante, reum absoluat, quem iam condemnare nullomodo potest, tametsi nihil ipse præstet *dict. l. qui accusare 4. Cod. de edend.* Nulla siquidem esset sententia, quæ nec absolutionem contineret, nec condemnationem *l. 1. D. de re iudic.* Falsum igitur est quod aduersarij adfirmant actiones arbitrarias esse ipsas in pendenti propter arbitrium iudicis quasi quodammodo condicione suspensas. Pendent quidem ex arbitrio iudicis, hactenus vt permittatur iudici ex bono & æquo æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat ad euitandam condemnationem, postquam plenè actor probauit suam intentionem: Sed non idcirco remanent in suspenso, quasi non sint priùs actiones quàm condicioni in iis appositæ paritum non sit. Sunt enim actiones ex quo primùm instanti data est formula, Nec quod condicio aliqua implenda est antequàm ad condemnationem perueniri possit actionem ipsam suspendit, sed condemnationem tantùm. Ideò enim formulis omnibus actionum condicionem illam adiici necesse est *si paret*, quoniam de facto cognoscere Prætor pro imperij sui dignitate nec potest, nec debet, mandátque eam cognitionem iudici, quem sanè absurdum esset ac inciuile priùs de iure litigatorum pronunciare quàm de facti fide & veritate cognouisset: Itaque non arbitrariarum actionum proprium hoc est vt condicionem illam habeant *si paret*

ſed commune omnibus actionibus ſiue bonæ fidei illę ſint, ſiue ſtricti iuris. Sed hoc in actionibus arbitrariis diſſimile, & amplius eſt, quòd earum formula ſicut duas habet partes ita & duas condiciones, & quidem diuerſis temporibus implendas, Priorem illam communem omnibus actionibus cæteris, *ſi paret verum eſſe quod actor intendit*, Poſteriorem verò hanc, *Neque res arbitrio tuo reſtituetur.* Prior conſtituit iudicium abſolutorium duntaxat in eum ſcilicet caſum quo actor intentionem ſuam implere non potuerit: quia eo caſu non ſolùm cōdemnatio ſequi nulla poteſt, ſed neque arbitrium vllum. Quid enim iudex ſiue tanquam iudex, ſiue tanquam vir bonus arbitrari poſſit reſtituendum præſtandúmve ei, qui in ſuis probationibus aut nullus aut mācus fuit? Itaque licèt Prætor conceperit actionem in formulam actionis arbitrariæ, quia negotij propoſiti qualitas & natura id exigebat. Ex euentu tamen apparet non ſolùm actionem arbitrariam non eſſe, in qua ſcilicet nullus arbitrio locus eſſe poteſt, ſed neque actionem vllam datam videri à Prætore, qui licèt hanc dederit ex ſuppoſitione, quaſi vera eſſent omnia quæ actor proponebat, Nunc tamen cùm vera non probantur vult haberi actionem quodammodo pro non data, non vt iudex datus ſententiam ferre non poſſit aut non debeat, ſed vt reum abſoluat, & actorem ſummoueat, nec quaſi agentem ſine actione, quod fieri nullomodo poteſt *l. ſi pupilli 6. §. vltim. D. de negot. geſt. l. quoties 9. §. ſi tutor D. de admin. tutor.* Sed tanquam agentem nullo iure, cùm ex facto ius oriatur *l. vt reſponſum 15. Cod. de tranſact.* At poſterior hæc condicio *neque res arbitrio tuo reſtituetur* facit & conſtituit iudicium non abſolutorium præcisè & omnimodo, ſed arbitrarium, & indifferenter diſpoſitum ad condemnationem & abſolutionem: Ad condemnationem ſi arbitrio iudicis res non reſtituatur, Ad abſolutionem verò ſi reſtituatur. Prior condicio implenda eſt ante omnia, vt pronunciari poſſit rem petitam eſſe petitoris aut ei extortam per vim vel metum aut dolum aut aliud quid ſimile, & deinde arbitrium ſequi de ipſa reſtituenda. Quonam enim colore poſſet iudex tanquam vir bonus arbitrari rem reſtitui actori debere, niſi priùs diſcuſſa tota facti quæſtione cognouiſſet priùs rē eſſe aut extortam ei per vim vel per metum vel per dolum fuiſſe? Cùm autem de eo cognitum & pronunciatum eſt, ob eámque cauſam ſecutum arbitrium de facienda rei reſtitutione, tunc incipit ſecunda condicio impleri quæ locum facere debeat condemnationi ſi reus arbitrio parêre nolet, aut abſolutioni ſi parebit. Non enim aliter condemnare reum iubetur iudex, quàm ſi arbitratu eius res non reſtituetur, Ex quo non tam per argumentum à contrario ſenſu quàm vi & poteſtate ipſius formulæ euenit neceſſariò, vt re arbitratu iudicis reſtituta, abſolutionem ſequi oporteat: quomodo ſcriptum eſt in iis ferè omnibus locis in quibus agitur de iudiciis arbitrariis *dict. l. item ſi cùm 14. §. aliquando & §. vltim. D. quod met. cauſ. l. harum actionum 7. D. ſi ſeruit. vindic. d. l. redhibitoria 45. De ædilit. edict.* Non enim priùs iudex officio ſuo functus videri poteſt, quàm aut condemnauerit reum aut abſoluerit. Quorum cùm neutrum fieri poſſit antè arbitrium, quoniam & formula repugnat, & iudex qui per condemnationem vel abſolutionem officio ſuo iam functus eſſet, nullam arbitrādi aut aliud quicquam faciendi poteſtatem haberet, adeóque nec iudicatum ſuum exequendi, cùm formula perpetuo illo condemnationis verbo concludatur *dict. l. iudex poſteaquàm 55. l. à Diuo Pio 15. in princip. D. de re iudicat.* Planè conſequens eſt vt poſt arbitrium fieri alterutrum oporteat, id eſt vel abſolui reum vel condemnari. Errant igitur iſti cùm dicunt, Si arbitrio pareatur in actionibus arbitrariis, nihil ſequi eorum quæ ſunt propria actio-

pria actionis cuiusque. Fateor non sequi vllam condemnationem nec dupli nec tripli nec quadrupli, nec proinde infamiam quæ non nisi ex condemnatione irrogatur *l. furti 6. & l. 1. D. de his qui not. infam. l. infamem. 7. D. de public. iudic.* Sed dico sequi necessariò absolutionem, qui finis est actionis cuiuslibet non minùs quàm condemnatio cùm liti finem imponat. *dict. l. 1. De re iudic.* Sunt igitur arbitrariæ actiones non ex eo æstimandæ, quòd arbitrio non pareatur, sed ex eo solo quòd pendeant ex arbitrio siue pareatur ei siue nō pareatur, quia in vtrumque casum necessaria est sententia ad reum vel condemnandum si non parebit arbitrio, vel absoluendum si parebit.

ERROR SEXTVS.

De necessitate clausulæ Arbitrio tuo *inserendæ in formula actionis arbitrariæ & componendæ formulæ ex verbis edicti Prætoris.*

SED & falsum illud est quod volunt iidem illi contra quos decertamus, Nō alias censendas esse arbitrarias actiones quàm eas quarum formulis inseritur clausula *arbitrio tuo* vel *arbitratu tuo.* Etsi enim verissimum est quod proximo capite diximus cum Iustiniano *in §. præterea De action.* pendêre illas omnes ex arbitrio iudicis, nec alias posse dici arbitrarias, quàm in quibus arbitrium iudicis præcedere necesse est vt sequi possit vel condemnatio vel absolutio. Nego tamen esse illud necessarium, vt arbitrij præcisè, ac omnimodo mentio fiat. Sed dico sufficere vt in formula sic concipiatur secunda illa condicio, cuius adiectionem necessarium esse diximus *neque res rectè restituetur.* Quid enim aliud est rectè rem restitui, quàm restitutionem eius fieri arbitrio boni viri *l. hæc verba 73. De verb. signif.* Imò & sublata dictione illa *rectè* poterat sufficere, vt in formula scriptum esset *neque res restituetur.* Cùm enim verba formulæ ad iudicem sint directa, facile est videre non de alia restitutione, Prætorem sentire potuisse quàm quæ fieret iussu & arbitrio ipsius iudicis, & quidem tanquam viri boni potiùs quàm quasi iudicis, cùm in condicione tantùm ponatur, non etiam in dispositione & condemnatione. Satis igitur Prætor ponit in arbitrio iudicis, non solùm vt rem restitui iubeat, sed etiam quemadmodum restitui aut aliter satisfieri actori velit, cùm ei præcipit vt condemnet reum si res petita, quam apparuerit esse petitoris, aut fuisse ab eo possessam bona fide, ad causam vsucapionis non restituetur. Quomodo enim posset iudex reum condemnare ob rem non restitutam, quam nec restitui priùs iussisset? Aut quomodò iubere ille mitiùs quàm arbitrando? Non possunt igitur illa verba formulæ *neque res restituetur* alium sensum habere quàm si esset additum *arbitratu tuo*, cùm non possint accipi de restitutione facienda post sententiam & in executione iudicati, quandoquidem non aliam ob causam in huiusmodi actionibus sequi potest condemnatio, quàm quòd restitutio facta non sit. Tantùm abest vt verum esse possit quod iidem isti volunt, Requiri etiam illud ad constituendas & discernendas actiones arbitrarias, vt ex edicto Prætoris totam rem arbitrio iudicis committi oporteat. Quasi non potuerit Prætor in-

concipienda formula verba illa addere *arbitrio tuo* nisi quoties idipsum verbis edicti contineretur. Nimirum id agunt quantùm possunt vt nobis persuadeant, non alias esse arbitrarias actiones quàm prætorias, quia neque de aliis actionibus vllis edictum propositũ est quàm de prætoriis, quæ & aliam ob causam prætoriæ appellantur, quod ex Prætoris edicto & iurisdictione descendant. Sed si verum illud esset, vt non aliæ actiones essent arbitrariæ, quàm quæ & ex Prætoris edicto comparatæ essent, & ex ipsis edicti verbis sic compositæ, vt clausulam illam haberent *arbitrio tuo*, Non solùm illud absurdum sequeretur, vt vindicatio directa, itémque confessoria & negatoria, noxaléque actiones ex legibus duodecim tabularum, aut ex lege Aquilia descendentes quæ prorsus ciuiles actiones sunt, arbitrariæ dici non possent, quod tamen falsissimum esse in sequẽtibus ostendemus. Sed hoc etiam vt actiones ipsæ Prætoriæ, quas fatẽtur isti nec possunt negare esse arbitrarias neque essent arbitrariæ. Exemplum esto in redhibitoria quam volũt illi arbitrariam esse [veréne an falsò posteà tractabimus] *ex d.l.redhibitoria* 45. *De ædilit. edict.* Debet enim res vendita quæ vitiũ aliquod latens habuit, redhiberi venditori, & vicissim à venditore reddi emptori quicquid ex causa venditionis habuit ille ab emptore vt eadem lex ait, Et quidẽ arbitrio iudicis qui de ædilitia huiusmodi actione cognoscit, vt scriptum est *in l. bouem* 43. *§. si sub condicione eod. tit.* Neque tamen reperias in toto edicto ædilitio ex quo inducta est actio illa redhibitoria, & cuius verba omnia extãt *in l.1. ill. tit.* factam esse mentionem vllam arbitrij iudicis, adeóque nec restitutionis faciendæ arbitrio iudicis. Quid ergo? Concepta est illius actionis formula vt & aliarũ omnium actionum tam ciuilium quàm prætoriarum ex arte & consilio prudentum, quorum præcipua cura ea fuit & industria vt actiones de quaq; re componerent, vndecunque tandem illæ descenderent, accommodatè scilicet ad naturã cuiusque negotij, & prout vel iuris ratio stricta suggerere videbatur, vt in iis actionibus quas ea de causa strictas aut stricti iuris nuncuparunt, Vel etiã æquitas si quando ita exigebat negotium, vt æquitatis potissimùm rationem haberi oporteret, quemadmodũ in actionibus bonæ fidei & arbitrariis. Sed & in actionibus Fauiana, Caluisiana, & Pauliana quas non magis negare possunt esse arbitrarias. Quomodo probabunt isti si negem edicto Prætoris qui eas introduxit expressum aliquid fuisse de arbitrio iudicis, id est de re ipsius arbitratu restituẽda? Possunt quidem illi si velint, comminisci pro arbitrio, & qualia velint verba quæ non habemus Edicti, siquid in fraudem patroni. Sed non immutabunt illa quæ habemus De rebus alienatis in fraudem creditorum *in l.1. & l. ait Prætor* 10. *& pass. D. quæ in fraud. credit.* vbi de tali arbitrio nihil prorsus. Sicut neque in edicto quo proposita est actio De dolo de qua *in l.1. D. de dolo.* in qua tamen arbitrio iudicis locũ esse vt nõ minùs arbitraria sit ea actio quàm actio De eo quod vi metúsve causa, nemo dubitat *ex l. arbitrio* 18. *D. ill. eod. titul.* Idem tractari potest, De alienatione iudicij mutandi causa facta quam perinde arbitrariam esse constat *ex d.l.4. §. vlt. & l.8. ill. tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* quia rei persecutionem continet nõ per se & sua natura, sed arbitrio & officio iudicis *l. quia* 7. *eod.* Si enim per se non autem arbitrio tãtùm & officio iudicis rei persecutionem contineret, non vnius anni finibus concluderetur, quomodo scriptum est *in l.5. & 6. eod.* sed esset perpetua, vt cæteræ omnes Prætoriæ quæ rei persecutionem ex se continent. Ex regula *l. in honorariis* 35. *D. de oblig. & action.* Et tamen nullo iuris loco probari possit, aut in edicto Prętoris, aut in formula quæ in hoc actionis genere vsitata erat, arbitrij mẽtionem factam esse: Nempe, quia sufficit rei resti-

Digitized by Google

rei restitutionem poni in condicione vt appareat esse actionem arbitrariam, & in qua restitutionem fieri oporteat arbitrio iudicis non tantùm ad euitandam condemnationem, sed etiam ad promerendam absolutionem. Nec ad rem pertinet, quod isti obiiciunt, nō esse in potestate iudicis dati, vt omissa iudicis persona induat personam arbitri, sicuti nec Aduocatus in ea causa esse potest, nec testis. *l. sed in seruum 9. §. si quis l. non distinguemus 32. §. quæsitum D. de recept. qui arbitr. recept.* Ne alioqui suæ affectionis vel arbitrij memor incorrupti Iudicis nomen perferre non possit *arg. l. vlt. C. de Adsess.* Nam nihil simile aut commune habet arbitrium iudicis quod interuenit in actionibus arbitrariis, cum arbitrio illo quod sibi adrogare iudex datus prohibetur, legibus supradictis. Cæteri arbitri solent ideò interuenire, vt experiantur an consilio suo vel authoritate litem discuti patiātur litigatores *l. Pomponius 13. §. recepisse ill. tit. De recept. qui arbitr. recep.* vt si id fieri possit illos cum bona gratia sine lite dimittant. At iudex datus in actione arbitraria non sic induit personam iudicis, id est non tanquam nudus arbiter, sed tanquam is qui & iam fuerit iudex & adhuc talis sit, & breui eandem iudicis personam gesturus, cùm post redditum arbitrium sententiam diffinitiuam omnimodo laturus est, vel reum condemnando si arbitrio non pareat vel absoluendo, si pareat. Itaque non induit personam arbitri nisi in ordine, vt ita dicam, ad condemnationem vel absolutionem, Ergo non nisi tanquam iudex cùm iudicis solius sit non etiam arbitri vllius vel absoluere vel condemnare. Et falsum est vt iam in superioribus probauimus, quod aduersarij præsupponunt, Iudicem datum in actione arbitraria, si arbitrio pareatur nihil aliud facere posse quàm vt eos cum bona gratia sine lite dimittat. Nam imò verò non prius officio suo functus videri potest, aut Iudicis partes deposuisse, quàm reum absoluerit, qui arbitrio paruit, idque non solùm ex natura & æquitate negotij, sed etiam ex præscripto formulæ, & ob hoc ipsum, quod Prætor ei præceperat, vt reum condemnaret si arbitrio non pareretur: cùm quisquis potest condemnare eo casu quo aliquid factum non sit idem debeat absoluere in contrarium euentum si illud ipsum factum sit *l. 3. D. de re iudic. l. nemo qui condemnare 37. De regul. iur.*

ERROR SEPTIMVS.

De ratione & sententia l. penultim. D. de confess.

EXCIPIENDA est vna illa dūtaxat species quam tractat Africanus *in l. pen. D. de confess.* si tamen exceptio illa dici debet quæ ad hanc iuris regulam sanè si verum amamus nil pertinet. Tractat ea lex de arbitro dato à Prętore ad restitutionē fideicommissi, quòd heres à fideicōmissario conuentus fuerat confessus se debere. Et cùm quęreretur an si arbiter ille comperisset nihil deberi posset heredem absoluere, Respondet Africanus cū distinctione, Posse interesse qua ex causa nihil debeatur: Nam si ob id quod nullum fideicommissum fuerit non debere arbitrum, eum absoluere. Si verò quia fortè testator soluendo non erat, aut quòd heres omne solutum esse apud Prætorem dixerat, & cùm controuersia & computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, Saluo officio eū absoluturum. Has enim partes eius esse vt si in cōputatione nihil inueniatur possit absoluere, Sed

Digitized by Google

& ex superiore casu remittere ad Prætorem debere vt absoluatur. Quænam verò distinctionis huius ratio esse potest? Illa scilicet quòd arbiter datus non fuerat à Prætore ad cognoscendum de iure fideicommissi vtrum deberetur, sed tãtùm ad restituendum fideicommissum, & ad computandum quid & quantum esset in fideicommisso, Proinde quãuis comperisset fideicommissum nullũ deberi, non tamen poterat saluo officio heredem absoluere, cùm ita faciendo vtique mandati fines excessisset, quod saluo officio fieri numquam potest. Ideò autem datus non fuerat vt de fideicommissi iure cognosceret, quòd heres iam eo nomine cõuentus apud Prætorem confessus fuerat se debere atque ita per suam quodammodo sententiam damnatus fuerat. Id enim est quod dicimus, Confessum pro iudicato esse qui sua quodammodo sententia damnatur *l. 1. eod. tit.* Itaque cùm esset heres iam condemnatus, fieri non poterat vt magis condemnaretur ab arbitro, aut vt ad eum condemnandum arbiter à Prætore daretur. Cui consequens est vt ex ea ipsa iuris regula quam diximus, nec absoluere possit arbiter hunc heredem quem non potest condemnare. Sed & alia ratione prohibebatur hic arbiter ne de fideicommissi iure cognosceret, Quia scilicet non solùm datus in eam rem non fuerat à Prætore, sed neque dari potuerat cùm fideicommissi persecutio iuris ordinarij executionem non haberet *l. pecuniæ 178. §. actionis De verbor. signific.* id est non per formulam & dationem iudicis, quòd in cæteris causis erat iuris ordinarij, sed cognitione Prætoria expediretur *l. mulier 22. §. non est dubitandum & pass. D. ad SC. Trebell. §. 1. Inst. de fideic. hered.* Quo igitur iure potuisset ille omnimodo heredem absoluere quem nullo penitus casu condemnare potuisset? Planè quoniam fideicommissi etiam confessi aut adiudicati restitutio multas plerumque & magnas habet moras si computatio ineunda sit siue patrimonij, quod in restitutionem venit, siue æris alieni quod ante omnia ex fideicommisso detrahendum est *l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. falcid.* siue aliarum rerum quarum similiter detractio permissa est, & à Prætoris maiestate alienum videtur, vt de his facti quæstionibus cognoscat ipse, & pronunciet, Eo nimirum iure quod olim Africani temporibus obtineat, & obtinuit semper vsque *ad l. 2. Cod. de pedan. iudic.* vt extra causam fideicommissi & alias nonnullas quæ fauorabiliores videbantur, de quibus *in d. l. 2. & in l. vltim. Cod. vbi & apud quos cognit. in integr. rest. agit. sit. & tit. D. de extraord. cognit.* Prætores cæterique magistratus etiam Ædiles de facto ipsi numquam cognoscerent, sed iudices pedaneos & iudicium darent *dict. l. 2. & l. 1. De edilit. edict.* Necessarium erat ita obseruari, vt posteaquàm cognitum erat de fideicommisso per Prætorem, qui ob eam causam fideicommissarius dicebatur siue pronunciasset ille fideicommissum deberi siue conuentus heres nulla expectata pronunciatione fideicommissum se debere confessus esset, vt in specie Africani, daretur arbiter à Prætore ad eum duntaxat finem, vt fideicommissum restitueretur, factis scilicet imputationibus illis omnibus, & computationibus quas ante restitutionem fieri oporteret. Ob eámque causam arbitrum eum Africanus vocat non iudicem, quia iudex dici non potest, qui condemnare non iubetur, quique non datur nisi post factam condemnationem. Et quamuis possint hæc nomina Arbitri & Iudicis confundi, vt in iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, aliisque bonæ fidei iudiciis, itémque in arbitrariis, quòd in iis multa iudicis etiam tanquam iudicis arbitrio permittantur *l. quia tantundem 7. D. de negot. gest. l. arbitrum*

43.l. vltim. & paß. D. famil. ercisc. l. 1. D. de vsur. l. vltim. D. rem pupil. sal. for. Alia tamen est arbitri, alia Iudicis significatio, & quemadmodum potest quis esse Iudex qui non sit arbiter, vt euenit in iudiciis strictis. Ita è contrario verum est non omnem qui sit arbiter esse iudicem, sed eum duntaxat qui arbiter datus sit, non modò ad cognoscendum de facto, verùm etiam ad pronunciandum: Nec tantùm ad pronunciandum, sed ad eam ferendam pronunciationem quæ vel absolutionem contineat vel condemnationem. Ergo arbiter datus à Prætore ad restituendum fideicommissum quod heres apud Prætorem & in iure confessus fuerat se debere, arbiter quidem dici potest, & verè arbiter est, sed iudex, neque est, neque dici potest. Ac multò minùs quàm ille qui ex litigatorum compromisso arbiter factus recepit in se arbitrium. Hic enim ferre sententiam & potest & debet, non quidem quæ rei iudicatæ vel actionem vel exceptionem parere possit, cùm iudex non sit, sed quæ tamen metu pœnæ possit eundem effectum habere quem res iudicata vt imponat finem liti per pronunciationem quæ similiter reum vel condemnet, vel absoluat. Et rursum longè alius est ille arbiter compromissarius, à quo non placet appellari posse, sed standum esse eius sententiæ siue æqua sit, siue iniqua, cùm imputare sibi debeat qui compromisit *l. diem proferre 27. §. stari De recept. qui arbitr. recept.* Alij verò arbitri illi quos Prætor dare solebat aut ad restitutionem fideicommissi, vt *in dict. l. penultim. De confess.* aut ad probandos fideiussores, vt *in l. arbitro 9. D. qui satisd. cogant.* vbi scriptum est ab huiusmodi arbitris appellari posse perinde atque à iudicibus si arbitrium eorum iniquum videatur: Licet hoc commune habeant cum arbitris compromissariis quòd iudices non sunt. Ex quo intelligimus Arbitros dictos esse quòd eorum arbitrio & æquitati res à Prætore committeretur, Nec id sine formula, vt solebant omnia expediri per formulas, Cùm passim quæri oporteret, An arbiter saluo officio arbitrium tulisset. Quod ipsum nihil aliud erat quàm quærere an salua formula arbitratus fuisset, *dict. l. penultim. De confess.* Totùm enim siue iudicis, siue arbitri officium in eo versatur, vt omnia ex formulæ præscripto faciat, nec ipsius fines vnquam transiliat. Illud magis mirum est cur in specie & quæstione *dict. l. penultim.* possit arbiter absoluere cùm non possit condemnare, Eiúsque demùm sit absoluere, qui condemnare etiam potest, vt diximus. Sed facilis responsio est si benè Africanus intelligatur. Non potest arbiter absoluere heredem à persecutione fideicommissi pronunciando fideicommissum non deberi, quod iam confessus fuit heres se debere, Quia nec condemnare potest heredem in eo vt pronunciet fideicommissum deberi. Et quia iam condemnatus per sententiam suam heres, amplius ad idipsum condemnari non potest, Et quia nec datus in eam rem fuit iudex à Prætore, nec dari potuit, vt explicauimus. Potest tamen heredem absoluere hactenus, vt pronunciet nihil eum ex causa fideicommissi debere si ita ferat computatio earum rerum quæ ex fideicommisso detrahi potuerunt, & debuerunt. Etsi enim totum id in calculo positum est qui sine iudicio, vt plurimùm dirimi solet, quomodo legendum esse *in leg. furti 6. §. vltim. De his qui nota. infam.* alibi docuimus, interdum tamen, id est cùm ad eam computationem ineundam causæ cognitio necessaria est, nihil vetat dari iudicem. Sicut & in cæteris causis ad exequendum iudicatum dari solebat *leg. à Diuo Pio 15. §. si rerum §. si post addictum & sequenti §. sit quoque.*

iudices D.de re iudic. & quidem cum formula, & potestate pronunciandi, Non quidem de ea ipsa re de qua iam pronunciatum sit per sententiam quam exequuntur, sed de eo tantùm de quo superest cognoscendum & pronunciandum in executione iudicati *§.sed si emptor & §.si rerum d.l.à Diuo Pio.* Quemadmodum autem potest hic arbiter ad exequendum datus absoluere heredem si reperiat nihil superesse in fideicommisso quod so lui debeat, Ita & eundem heredem condemnare vt quod facta computatione in fideicommisso superesse cõpererit, iubeat eum præstare fideicommissario. Sic fit vt absoluere possit eo demùm casu quo potest etiam condemnare, Et contrà vt quo casu condemnare non potest, nec possit absoluere. At neq; illud mirum est, quod Africanus subiungit, Eo quoque casu quo arbiter ad restituendum fideicommissum datus nullum fideicommissum deberi compererit, debere illum remittere heredem ad Prętorem vt à Prętore ipso absoluatur. Etsi enim iam erat ille propter suam confessionem sua quodammodo sententia damnatus, non tamen habet ea ficta condemnatio tantùm potestatis & authoritatis, quantum haberet pronunciatio Prætoris si is de fideicommisso cognouisset ac pronunciasset. Tunc enim Prætoris dignitas faceret rerúmque ab eo decretarum authoritas vt fideicommissum restitui omnimodo necesse esset, Tametsi per sordes aut per gratiam, aut per imperitiam pro fideicõmissario malè pronunciasse probaretur *l.seruus vetante 62.§.cùm Prætor D.ad SC.Trebell.* At cùm nihil Prætor pronunciauit, licèt dici soleat nullas iudicis partes esse in cõfitentem nisi in condemnando, integrum tamen ei est heredem absoluere si comperiat fideicõmissum nullum deberi, Siue quòd ad eius curam & cognitionem non minùs pertineat vt fideicommissum nullum contra testatoris voluntatem peti patiatur, quàm vt fideicommissa omnia quæ relicta sunt conseruet, siue quòd vltimarum voluntatum fauor id omnino exigat, vt nihil ex iis peti præstaríque possit quod non à defuncto relictum verè fuerit, Ne alioqui contra voluntatem fiat quod ex voluntate proficiscitur *l.vlt.C.de reb.credit.& iureiur.*

ERROR OCTAVVS.

De potestate arbitrij in actionibus arbitrariis, Et ex quo arbitrio sint æstimandæ actiones arbitrariæ.

ETIAM ex supradictis intelligimus non vbicunque arbiter à Prætore datus est, adeóque nec vbicunque arbitrium iudicis dari intercessit, fieri statim actionem arbitrariam. Sed eo tantùm casu quo arbitrium tale intercedit, cui si non pareatur omnimodo sequi debeat condemnatio, si pareatur, facienda sit absolutio. Alioqui admittendum esset actiones omnes bonæ fidei in quibus perinde versatur arbitrium iudicis *l.1.in princip. D.de vsur.l.vltim. D.rem pupill.salu.for.* & formulas itidem omnes iudicum in executionem iudicati datorum esse arbitrarias, quod euidenter falsum est. Illud tamen in omnibus actionibus arbitrariis diligenter obseruandum est, non esse in iis locum arbitrio iudicis nisi post aliquam pronunciationem, quæ primam formulæ condicionem impleuerit, & quam plena causę factíque cognitio præcedere debuerit. Vt putà, si de ciuili, & directa rei vindicatione tractemus non priùs poterit datus in ea iudex arbitrari & iubere vt res restituatur, quàm pronun-

pronunciatum sit rem esse petitoris, Nec rursus de eo priùs pronunciare, quàm de facto, déque toto dominij iure plenissimè cognouerit, *l. Pompeius 40. §. sed & is qui D. de procurat.* in illis verbis *quid enim si in hoc iudicio rem meam esse pronuncietur & l. & ex diuerso 35. §. 1.* ibi, *& iudex sententia declarauit meum esse D. de rei vindic.* Si agatur actione De eo quod metus causa vel De dolo vel De alien. iudic. mut. caus. fact. priùs debet iudex pronunciare rem qua de agitur extortam esse per vim aut per dolum, vel alienationem iudicij mutandi causa factam fuisse. Deinde arbitrari & iubere vt restituatur, Tum si non pareatur arbitrio condemnationem illam irrogare quæ ex edicto prætoris in causas illas singulas constituta est. Idque nimirum est, quod interpretes antiquiores decepit, vt dixerint in iudicijs arbitrarijs duas ferri sententias, Vnam antè arbitrium, alteram posteà. Quod verum equidem est si sententiæ appellatione intelligas pronunciationem quæ de petitoris, vel rei iure facta sit quomodo haud dubiè intellexit Paulus *in dict. leg. & ex diuerso 35. §. 1. De rei vindic.* vbi & sententiæ meminit, & pronunciationis. Non etiam si sententiam magis propriè accipias eam quæ sit verè diffinitiua, id est quæ institutam litem vel absolutione vel condemnatione finiat, vt *in leg. 1. D. de re iudic.* Nam & cùm pronunciatum est meam esse rem quam petebam per vindicationem, Aut mihi per vim aut metum extortam fuisse rem illam quam petebam per restitutionem in integrum ex Edicto quod metus causa, nondum finita lis est, non quia res mihi adhuc restituta non sit [hoc enim non ad litis causam, sed ad rei iudicatæ executionem pertineret, si iam secuta esset condemnatio vel absolutio, atque ita lis finita proponeretur] Sed quoniam verum est nullam adhuc secutam esse absolutionem, vel condemnationem, & consequenter durare adhuc actionem & formulam cuius finis alius non est quàm condemnatio, aut absolutio. Ergo non est verè diffinitiua sententia illa per quam pronunciatur rem meam esse, aut mihi per vim dolúmve extortam fuisse. Ideóque grauiùs errant recentiores, qui volunt arbitrium illud quod in ciuili directáque vindicatione sequitur pronunciationem factam de iure dominij, non aliud arbitrium esse quàm quòd sententiam diffinitiuam, & rem iudicatam sequi solet, quoties, inquiunt, lis æstimanda est post condemnationem, vt sciatur quomodo iudicati executio fieri possit, & debeat. Nam neque verum est arbitrium iudicis iubentis rem restitui, quam pronunciauit esse petitoris, fieri in executione aut ad executionem iudicati, cùm ea pronunciatio fiat citrà vllam condemnationem, Iudicati autem executio fieri ante condemnationem nulla possit { alioqui ad Prætorem redeundum esset qui iudicum omnium à se datorum sententias exequi debet ex rescripto illo Diui Pij, de quo *in leg. à Diuo Pio 15. De re iudic.* Non autem ad iudicem redire qui per condemnationem officio suo functus fuisset *dict. leg. iudex posteaquàm 55. De re iudic.*] Neque rursus defendi potest in alio vllo actionis genere vnquam euenire, vt post sententiam & condemnationem lis æstimetur. Quomodo enim posset lis æstimari in executione iudicati, cùm per rem iudicatam lis esse desinat? *dict. leg. 1. eodem.* Imò verò lis æstimanda est per sententiam tùm quoque cùm fundus petitur aut quid aliud extra pecuniam numeratam, siue per triticariam petatur, siue per condictionem certi *leg. vinum 22. D. de reb. credit. leg. vltim. D. de condict. tritic.* Quò fortasse pertinet quod dici solet stipulationem Iudicatum solui quæ in omnibus iudicijs olim interponebatur habere expeditam quantitatem,

In tantum enim committi in quantum iudex pronunciauerit *l. 9. D. iudic. solui.* Quomodo enim verum hoc esset si non semper certa & expedita quantitas in pronunciationem deduceretur? Alioqui constat ea stipulatione sicut & aliis prætoriis ferè omnibus incertam quantitatem ab initio contineri *l. 2. §. incertam D. de prætor. stipulat.* Nempe quia incertum est ante sententiam quid & quantum iudex in sententiam & condemnationem sit deducturus. Illud tamen verum est, pronunciationem illam per quam iudex diffiniuit rem meam esse, aut mihi per vim extortam fuisse, diffinire hac parte quæstionem principalem, quæ inter litigatores de iure dominij vertebatur, cùm exinde disputari amplius non possit, an eius res sit, cuius esse pronunciatum est. Sed non tamen diffinit litem, quoniam adhuc superest lis, non solùm propter arbitrium, quod sequi necesse est, verùm etiam quoadusque secuta fuerit absolutio vel condemnatio: Reo scilicet parente iudicis arbitrio, vel non parente. Non enim qui rem quasi suam vindicat, aut repetit per in integrum restitutionem quasi dolo aut vi vel metu extortam, id tantùm agit vt pronuncietur dominium ad eum pertinere aut metum vel dolum illatum esse, sed id potiùs vt rem quam petit consequatur, eóque nomine aduersarius condemnetur. Reliqua verò media sunt actionis potiùs quàm finis aut actionis aut litis.

ERROR NONVS.

De eo quòd quidam putant in actionibus arbitrariis tractari omnia mitiùs.

GRAVIOR autem eorundem recentiorum error ille est quòd putant, In actionibus arbitrariis eam arbitrij potestatem esse, vt omnia mitiùs tractari oporteat, Circa impensas, inquiunt, deducendas, Circa fructus ac causam rei restituendam, Circa iusiurandum in litem quod ex arbitrio iudicis numquam defertur, Et circa inducias temporis ad restituendum concedendi. Quæ omnia certè falsa sunt, Excepto eo quòd aiunt de iureiurando in litem, numquam per arbitrium deferendo. Cuius iuris illa ratio est, quod numquam defertur iusiurandum in litem nisi per condemnationem & in pœnam doli atque contumaciæ illius, qui ab arbitro rem restituere iussus parere noluit *l. 1. & tot. tit. D. de in lit. iur. l. qui restituere 68. D. de rei vindication.* Cúmque sit illa grauissima condemnatio quæ victori potestatem facit rei æstimandæ pro suo arbitrio *l. 1. D. de in lit. iurand. l. vltim. D. de fideiuss.* Non soleat autem præcedere arbitrium nisi vt licentia reo detur parendi arbitrio, atque ita effugiendi grauiorem condemnationem, *dict. l. item si cum 14. §. 1. & seqq. De eo quod met. caus.* Quænam obsecro grauior posset infligi condemnatio ei qui ab arbitro iussus præstare quanti actor in litem iuraret parère adhuc nollet? At in cæteris omnibus, id est circa fructus & accessiones rei restituendæ sumptúsque litis aut circa deductionem sumptuum in rem petitam factorum falsum est mitiorem arbitrij quàm condemnationis causam esse debere. Quid enim aliud facere potest arbitrium iudicis quàm vt rectè, id est arbitrio viri boni res quæ petitur restitua-

restituatur? *d.l.hæc verba* 73. *De verborum signific.l.ipsi* 19. *D.de rei vindic.* Atqui numquam vir bonus arbitrabitur, Rectè fundum restitui nisi restituatur cum fructibus, & omni causa. Nam & hoc per se nomen ipsum restitutionis sonat, quod ideò plenissimam dicitur habere significationem *in l. videamus* 38. *§. in Fauiana & seq. D. de vsur. l. restituere* 75. iunct. *l. plus est* 22. *l. cùm Prætor* 81. *l. vlt. in fin. De verbor. signific. l. in condemnatione* 173. *§.* 1. *De regul. iur.* Ergo in arbitrio iudicis De re restituenda fructuum quoque restitutionem necessariò contineri dicendum est. Idque adeò verè dicitur, vt si per errorem iudex siue per sordes, siue per gratiam pronunciauerit rem meam esse aut mihi per vim vel metum extortam, eodem errore debeat etiam de fructibus pronunciare, Vt scilicet arbitretur etiam fructus mihi restitui debere, cum re ipsa. Alioquin nec rem ipsam restitui mihi debere arbitraretur, vt eleganter ex Mauriciano Paulus noster ratiocinatur *in d.l. & ex diuerso §.* 1. vbi licèt vtatur & sententiæ & condemnationis nomine, vtroque tamen nihil nisi arbitrium significare eum voluisse ostendunt sequentia quæ subiicit ex Mauriciano, Non quasi arbitrium possit absolutè dici aut sententia aut condemnatio, cùm in potestate maneat eius qui conuenitur vt arbitrio non pareat si parere nolit: Iudicium autem & condemnatio reddatur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. *§.* 1. *de verb. obligat.* Sed quia cùm ex contrario euenit vt reus arbitrio parere malit metu grauioris condemnationis, qui casus est quem Paulus eo loco tractat, Arbitrium pro condemnatione est, cùm nullæ ampliùs iudicis partes sint in condemnando, quinimò absoluendi necessitas ei immineat, postquam arbitrio eius obtemperatum fuit. Rursum quod ad litis sumptus pertinet in tempus vsque arbitrij factos, ab actore circa cognitionem facti ad probandam causam dominij, quis credat tale officium arbitri esse debere, vt nihil dicat de sumptibus? Quis enim vir bonus non arbitrabitur reum qui se vindicationis iudicio conueniri passus est, ac per longum fortasse tempus temerè litigauit, omnes sumptus reddere oportere? *l. eum quem temerè* 79. *D. de iudic. l. vltim. D. de procurat. vulg. l. properandum* 13. *§. siue autem alterutra Cod. de iudic.* Nam & iudex qui libet ad expensas condemnate debet eum qui litem siue per calumniam & tergiuersationem, siue temerè frustratus est, non ex præscripto formulæ in qua nihil vnquam de expensis dicitur, sed ex officio suo tametsi actio in qua datus est, stricta esse proponatur *§.* 1. *Instit. de pœn. temer. litig.* Quod igitur in iudiciis omnibus etiam strictis facere bonus iudex potest & debet, cur non poterit facere per arbitrium is qui datus est in actione arbitraria? Aut quomodo aliter videri debebit functus officio viri boni si nihil de sumptibus litis arbitratus sit? Fateor, quòd isti aiunt parci sumptibus litis si arbitrio pareatur, Nempe quia statim eo casu sequitur absolutio, vt diximus, ideóque minores sumptus fieri necesse est quàm si ob rei contumaciam diutiùs litigaretur. Nam quo longior lis est eo pluribus se onerat sumptibus is qui tandem condemnatur *l.* 1. *D. de inoffic. testam. l.* 1. *C. de admin. tutor. l. qui solidum* 78. *§. etiam de legat.* 2. Sed tamen non magna esse potest hæc vtilitas, quia nec magni sumptus esse possunt, qui fiunt post arbitrium etiam tùm cùm arbitrio non paretur. Siquidem nihil aliud faciendum superest nisi vt qui arbitrio non paruit condemnetur in quo non multò maior impensa fieri solet, quàm si absolueretur post cæteras omnes impensas iam exsolutas: Facti enim cognitio quæ præcedit pronunciationem de iure dominij, illa est, quæ maiorem sicut litis ita & sumptuum materiam præbet,

Non ea pars litis quæ & pronunciationem & iudicis arbitrium sequitur. Simile est quod iidem addunt, si arbitrio pareatur longitudinem iudiciorum & molestiam vitari, quæ tamen post arbitrium nulla est, aut certè minor quàm si arbitrio pareretur. Arbitrij enim executio sicut & iudicij & iudicati suas moras habet *l. etiam* 15. *in princip. D. vt legat. seu fideicommiss. seruand. caus. cau.* cùm non sit semper expeditum aut rem ipsam restituere, quæ restitui debet, aut explorare quid & quantum veniat in restitutionem fructuum & causæ. Non minùs quàm si quod deductum est in arbitrium, deductum esset in condemnationem. Quod verò subiiciunt pacem, tranquillitatem & concordiam per arbitrium magis foueri, quod bono Prætori hoc est iuris, ac æquitatis custodi propositum esse debet adhuc leuius est. Quid enim potest interesse illius, qui arbitraria actione conuenitur, an rem de qua controuertitur amittat per arbitrium, an per condemnationem? An non par & æquale damnum sentit, siue hoc, siue illo modo actor suum consequatur? Aut quis non videt litis iacturam à reo factam esse iam eo tempore quo pronunciatum est rem esse petitoris, aut ei per vim vel metum extortam fuisse? Quicquid enim posteà fit siue per arbitrium, siue per condemnationem, totum id fit in consequentiam necessariam illius pronunciationis, quam idcirco diximus, licèt condemnatio non sit, quia nec in personam concipitur nec liti finem imponit, condemnationis tamen cuiusdam vim habere. Nec sanè quæ ex litibus inter ciues nascuntur discordiæ causam vllam præcipuam habent, nisi damnum quod ex iis & timetur, & incurritur. Cui consequenter dicendum est vbi par damnum eadémque damni causa est, parem quoque discordiarum subesse metum, neque huius incommodi euitandi gratia esse aptiorem viam arbitrij quàm condemnationis. Ad arbitria quæ vocant arbitratoria id pertinet, quæ in id maximè comparata sunt, vt siue iam inchoatæ, siue futuræ lites citius expediantur arbitrorum authoritate magis quàm imperio, vt non solùm dispendia & incommoda cætera litium euitentur, sed etiam amicitiæ aliquid indulgeatur. Cæterùm etiam in arbitriis compromissariis, quoniam ad instar iudiciorum redacta sunt, perindéque sententiam exigunt quæ finem controuersiis omnibus imponat, non aliud iuris est quàm in iudiciis *l. Pomponius* 13. *§. recepisse D. de recept. qui arbitr. recept.* iunct. *l. societatem* 76. *in fin. & seqq. D. pro socio.* Iam verò quod iidem subiiciunt de sumptibus ab eo qui ex arbitrio rem restituit in rem petitam factis, quasi eorum quoque nomine mitiùs tractetur per formam arbitrij quàm condemnationis, nihilo subtilius aut verius est. Nam & in rei vindicatione directa, & aliis arbitriis similibus constat sumptus in prædium quod alienum esse apparuit à bonæ fidei possessore factos, neque ab eo qui prædium donauit aut vendidit, neque à domino peti posse, verùm exceptione doli opposita æquitatis ratione seruari, vt disertè & eleganter à Papiniano responsum est in *leg. sumptus* 48. *D. de rei vindication.* vbi quod additur *per officium iudicis*, aliàs docuimus irreptitium esse, nec tantummodò superuacuum, sed etiam falsum, cùm nullus officio iudicis locus relinquatur in iis quæ cogitur ille facere vi oppositæ exceptionis doli, & ex necessitate formulæ. Quamquam quod ad rem nostram pertinet, nihil interest an ea verba deleas, an retineas. Quod enim æquitatis ratione seruatur sine doli exceptione opposita, siue per officium iudicis, Cur non etiam seruabitur arbitrio

arbitrio boni viri? Ac proinde cur non veniet etiam in arbitrium iudicis? Falsum igitur est, Circa impensas deducendas meliorem esse conuenit rei condicionem si per arbitrium quàm si per sententiam & condemnationem lis expediatur: Nimisque euidenter iniquum esset arbitrium illud quo possessor bonæ fidei rem petiram nulla impensarum ab eo factarum habita ratione victori restituere iuberetur: cùm non tam ratio iuris hoc ius suadeat, quàm æquitas, quæ ab arbitrio separari numquam potest.

ERROR DECIMVS.

De induciis ad parendum iudicato vel arbitrio dandis. Et quantum intersit an iudicati executio facienda sit, an arbitrij.

IDEM est circa inducias temporis ad restituendum concedendi, Scilicet non esse breuiores illas quæ in executione iudicati dantur, quàm quæ in executione arbitrij, quinimò plerunque longiores. Etsi enim qui pro tribunali cognoscit, cogendus non est vt semper iudicati tempus seruet, sed nonnunquam arctat, nonnumquam prorogat pro causæ qualitate & quantitate, vel personarum obsequio, aut contumacia. Perrarò tamen euenit vt ante tempus constitutum iubeat exequi iudicatum, putà si alimenta constituantur, vel minori annis viginti quinque subueniatur *l. 2. D. de re iudic.* Nam & modicum tempus illud esse dicitur quod condemnatis ex humanitate indulgetur *l. si debitori 21. D. de iudic. l. cùm militi 16. in fin. D. de compens.* At tempus quod ex arbitrio ad restituendum datur plerunque breuius est, quippe cùm eo quoque casu quo res præsens est, restitutio ex arbitrio fieri debeat *l. hæc si res præsens sit 46. cum l. præced. De rei vindic.* quo tamen casu nemo dixerit siue iudicis, siue arbitri & viri boni tale officium esse debere, vt tanti temporis dilationem det, ad restituendam rem, quæ etiam adiudicata sit, & confestim quia præsens est, restitui possit. Quomodo dicimus etiam hodie bona dotalia si immobilia sint statim restituenda esse, scilicet quia eorum restitutio nullos sumptus habet, nullámque difficultatem, cùm semper sint præsentia, hactenus saltem, vt verbo si non re ipsa possint restitui, Quamuis mobilia non nisi post annum restituantur *l. vnic. Cod. de rei vxor. act.* in quo numero etiam pecuniaria dos continetur. Nec sanè alia ratio fuit indulgendi temporis in executione iudicati, quàm quia si condemnatus nolit satisfacere, necesse sit condemnationem quæ semper pecuniaria esse debet mandari executioni captis distractisque pignoribus. Sic enim habent edicti verba *condemnatum ni pecuniam soluat l. 4. §. ait Prætor De re iudic.* Nempe quia pecuniæ numeratio non semper est in expedito *l. si dubitet 10. in princip. D. de fideiuss.* Atqui non similiter de arbitrio dici potest, Si iudex arbitratus fuerit restitui mihi debere rem quam pronunciauerit meam esse aut mihi per vim aut dolum extortam fuisse, Debere æstimari rem & in pecunia arbitrio satisfieri. Nam illud ipsum omnimodo præstandum est, quod arbitratus est iudex. Alioqui condemnatio pecuniaria necessariò sequetur, ob hoc ipsum grauior, quòd per contumaciam actoris fiat, vt rem ipsam quæ petita

& restituenda fuit, consequi actor non possit. In quo maxima & insignis quædam elucet differentia inter executionem iudicati & executionem arbitrij. Iudicati enim executio semper fit in pecunia: Arbitrij verò vel eo ipso modo quo arbitratus est iudex, id est in re ipsa petita, vel prorsus nulla. Vnde fit vt non possim non mirari valde quod scriptum est *in dict. l. item si cùm 14. §. quatenus vers. quid si homo D. quod met. caus.* homine qui per vim extortus fuerat defuncto sine vlla rei culpa, dummodo intra tempora iudicati, sic, vt ex arbitrio restitui non possit, liberari tamen reum quòd ad simplum, nec condemnandum esse nisi vt tripli pœnam præstet. Quænam enim possunt esse illa iudicati tempora, vt incipiant currere, priusquàm vlla sit secuta condemnatio? Deinde quantumuis homo petitus moriatur citra culpam possessoris, an non moritur semper post culpam illius qui vim fecit? Cur nō ergo perinde tenebitur etiam post mortem atque alius quilibet debitor hominis post moram perempti? *l. si ex legati 23. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. De verb. oblig.* Aut quis nescit in omnibus malæ fidei possessoribus generale illud esse, vt rei petitæ interitu quantumuis naturali numquam liberentur *l. illud 40. D. de hered. petit.* Denique cùm in actione illa Quod metus causa condemnatio fiat in quadruplum, in eóq; quadruplo simplum contineatur, Quænā adferri ratio potest ob quam debeat condemnari ad triplum pœnæ nomine is qui iam à simplo liberatus est? Nam nec alia pœnæ irrogandæ ratio est, quàm quòd res petita non ex iudicis arbitrio restituitur, In quo tamen nulla esset contumacia tantæ pœnæ odio digna si reus à simpli præstatione liberatus esset? Verùm ista non mirabitur quisquis nobiscum animaduerterit quod nos in nostris ad illum locum Rationalibus obseruauimus, totum eum §. non tam Vlpiani esse, quàm Triboniani respicientis ad ius illud quod contra veterem iurisprudentiam inductum ille voluit, immutata arbitrariarum actionum omnium natura, vt quisquis arbitrio iudicis iussus est rem restituere, cogatur omnimodo arbitrio parêre, ita vt ad manum militarem decurrendum potiùs sit si restituendæ rei facultatem reus habeat, quàm permittendum vt possit ille arbitrium eludere prætextu grauioris subeundæ condemnationis *d. l. qui restituere 68. De rei vindic.* Ergo vt redeamus ad rationem iuris veteris de qua disputamus, Nihilne proderit reo quòd paratus sit arbitrio iudicis satisfacere? Nihil penitus quòd ad ea de quibus diximus, id est quantum ad fructus & causam rei restituendæ, ad sumptus litis, & inducias temporis ad restituendum indulgenti. Sed tantùm quòd ad hoc vt parendo arbitrio euitet condemnationem grauiorem imminentem, siue sit illa infamiæ vt in actione De dolo malo, siue in duplum vt in actione redhibitoria *l. redhibitoria 54. de ædilit. edict.* Siue in quadruplum, vt in actione Quod metus causa *d. l. item si cùm 14. §. hæc autem actio D. quod met. caus.* Siue iurisiurandi in litem vt in rei vindicatione aliisque similibus *d. l. qui restituere iunct. l. eius rei 46. cum seq. De rei vindic.* Nihil enim horum tale accidit, cùm arbitrio paretur, quia nec vlla sequi potest condemnatio quæ sola & infamiam & supradictas alias pœnas irrogare potest. Sola namque sententia illa est quæ infamem facit non arbitrium *l. 1. l. furti 6. §. si quis alieno & pass. De his qui not. infam. l. infamem 7. D. de publ. iudic.* Ex quo tantò magis intelligimus quàm verum sit, quod dicimus neq; pronunciationem illam quæ arbitrium præcedit, neque arbitrium ipsum sententiæ diffinitiuæ & condemnationis vim habere. Alioqui notaretur infamia reus quem pronunciatum esset dolo malo rem extorsisse. Nec ei esset integrum infamiam euitare, tametsi post illam pronunciationem paratus esset rem ex ar-
bitrio

bitrio reddere, Quod tamen euidenter falſum eſt, cùm is qui iuſſu iudicis rem reſtituit non ſolùm dolo nihil faciat *§. qui iuſſu l.non videntur* 167.*de regul. iur.* ſed etiam dolum præteritum purget, tanquam qui ad id ſit admiſſus per arbitrium: Quomodo dicimus infamia non notari eum qui à prætore iuſſus id fecit, quòd ſi Prætore non iubente factum eſſet infamiam irrogaret *d.l.furti* 6. *§. qui iuſſu De his qui not.infam.*

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XC.

ERROR I.

De arbitrio iudicis in actione De eo quod certo loco.

SI vera ſunt, vt proculdubio ſunt ea quæ de actionibus arbitrariis hucuſque ſcripſimus, non abs re quis miretur, quod tamen æquè certiſſimum eſt, Actionem de eo quod certo loco non ſolùm in arbitrariarum numero recenſeri, ſed etiam, quod magis mirum videri debeat, prҫcipuo quodã iure, ac per emphaſim arbitrariam dici, Adeò vt cùm arbitrariæ actionis mentio fit à prudentibus noſtris, non alia quàm hæc actio ab iis intelligatur *l.*1.*&* 2.*& paſſ. D.de eo quod cert.loc.* Conſtat ſiquidẽ in huiuſmodi actione nullum præcedere arbitrium De re reſtituenda, ideóque nec vllam ſequi grauiorem condemnationem, quæ alicuius arbitrij reſpectu grauior dici poſſit. Sed ex præſcripto formulæ iudex datus id tantùm curandum habet, vt quoties alio loco res petitur, quàm quo dari ex ſtipulatione debuit, condemnet reum habita ratione loci in gratiam & vtilitatem eius, per quem factum non eſt quominus ſuo loco daretur ſiue reus ille ſit, ſiue actor. Id enim eſt quod dicere ſolemus, eam actionem non ſolius actoris vtilitatem continere, ſed etiam rei conuenti, nec alterius litigantium, ſed alterutrius, aut ſi mauis, dummodò eundem ſenſum retineas, vtriuſque *dict.l.*1. *&* 2. *l.vnic. Cod. eod. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promiſſ.* Ratio namque actionis illius inducendæ, non alia fuit, quàm quòd alioqui facilè accideret vt numquam conueniri & nuſquam poſſet ille qui certo loco dare promiſiſſet, ſi fortè nollet ille

Ii iiij

Digitized by Google

ad destinatum locum vnquam venire, siue data opera id faceret, siue aliis districtus & impeditus negotiis *dict. l. 1.* Proinde quamuis per debitorem factum non sit, quominus sua die suóque loco solueret, putà si in eum locum venerit, statim atque veniri potuit, Creditor autem absuerit, ita vt neque ipsi, neque alij vlli ipsius nomine solutio fieri potuerit, Non ideò tamen prohibendus est creditor, ne vbique possit agere, id est in quocumque tandem loco inueniat debitorem. Licèt non similiter è contrario possit ille cogi vt alio loco accipiat solutionem *l. 2. §. idem Iulianus, l. penultim. eodem tit.* Nempe quia debitori nulla fit iniuria etiamsi alio loco quàm in quem collata & destinata solutio est, soluere prohibeatur, cùm debeat sibi imputare, cur ad faciendam eo loco solutionem se obligauerit, Adeò vt etiamsi alibi contraxerit, tamen in eo ipso loco contraxisse videatur in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse 21. D. de obligat. & action. l. omnem 20. D. de iudic.* At fieret iniuria creditori si alio loco quàm in quem contulit solutionem, agere prohiberetur, quia sic facilè contingeret vt debiti sui iacturam facere cogeretur, essétque in potestate debitoris numquam soluere, numquam accedendo ad locum destinatum. Cùm tamen neque possis ei imputare, cur certum solutioni locum dixerit, quandoquidem poterat ipsius interesse vno loco solui potiùs quàm alio, Neque cur eo loco non soluat debitor si per contumaciam ipsius tantùm fiat ne soluat. Quòd si creditor in mora fuisse proponatur quominùs suo loco solutionem fortassis oblatam acciperet, quamuis sit quod ei imputetur, moráque ipsi sua nocere debeat. Non vsque adeò tamen in pœnam & odium moræ plectendus est, vt debito carere sit cogendus, quod eueniret si propter moram alio loco agendi facultatem non haberet. Dum enim velles reo ius suum conseruare, aufferres actori suam actionem vt ratiocinatur Vlpianus *in l. 2. §. Scæuola in fin. De eo quod cert. loc.* Fateor si meram iuris rationem spectes nihil hac parte inter debitorem & creditorem interesse, nec magis creditori permittendum esse vt alio loco experiatur inuito promissore, quàm vt promissor alio loco soluat inuito stipulatore. Ob idque nimirum actio illa arbitraria, per quam petitur vno loco quod alij dari debuit, non directa est, quia ex verbis non datur imò contra verba stipulationis sed vtilis *dict. l. 1. de eo quod cert. loc.* At si æquitatem spectes, ex qua omnes vtiles actiones æstimantur, melior proculdubio esse debet causa creditoris, quàm debitoris ob eam diuersitatis rationem quam attulimus. Sicque accipiendum est quod *in l. continuus 137. §. cùm ita De verborum obligat.* Venuleius scribit, Debitorem qui certo loco dare promisit posse vbique soluere, Scilicet si offerat solutionem alibi priusquàm perueniri possit in locum solutioni destinatum, vt *in l. qui Romæ 122. in princip. De verborum obligat.* quemadmodum interpretati sumus *lib. 1. Coniectur. cap. 1.* quia non priùs certo loco debetur quàm præterierit totum tempus intra quod perueniri ad eum locum potuit *dict. §. cùm ita & l. 2. §. quòd si Ephesi de eo quod cert. loc.* quod autem nullo certo loco debetur, cùm vbique debeatur, etiam vbique solui potest, Aut potiùs, quia cùm inuito debitore possit creditor vbique agere per vtilem arbitrariam, necessariò etiam consequens est, vt vbique possit debitor soluere, Non quidem inuito creditore, quod iam negauimus, sed ex ipsius voluntate, quæ alia esse non potest quàm vt ibi soluatur vbi agitur *dict. l. 2. §. idem Iulianus versic. Marcellus De eo quod cert. loc.* Apparet igitur inductam esse hanc actionem arbitrariam De eo quod certo loco, non in pœnam & odium debitoris

bitoris vt ex arbitrio iudicis aliquid facere iuberetur, aut vt si arbitrio non parêret, grauior ei condemnatio irrogaretur, sed ex natura & necessitate negotij, Et fauore quidem creditoris, ne cogeretur expectare vt ad locum destinatum veniret debitor, quod fortasse numquam facturus esset: Sed tamen in pœnam damnúmque ipsius etiam creditoris, si per eum fortè factum probaretur, quominùs suo loco facta solutio esset. Quamquam enim illo quoque casu condemnatur debitor, vt Romæ soluat, quod Ephesi dare debúerat, hoc tamen casu condemnatur in minorem quantitatem detracta scilicet vtilitate loci, cùm ipsius interesset Ephesi soluere ex lege stipulationis, potiùs quàm Romæ per arbitrariam. Et consequenter fatendum est longè diuersam rationem esse huius actionis, & aliarum quæ idem nomen habent arbitrariarum actionum. Illæ enim ideò arbitrariæ sunt & dicuntur, quòd pendeant ex arbitrio iudicis, cui si pareatur absolutio sequi debeat. Si verò non pareatur, condemnatio, eáque grauior, nec tamen arbitrio iudicis irroganda, sed qualis quantáque ex bono & æquo constituta est, vel edicto Prætoris, vel authoritate prudentum. Hæc autem non quòd ex arbitrio vllo pendeat, cùm sit mera personalis & in personam non in rem scripta, in qua proinde nihil est quod de restitutione tractari possit, sed quia condemnatio ex ea fit arbitrio iudicis, & quidem omni casu, id est, quod magis mirêre, tum quoque cùm debitor ante moram suam conuentus alio loco soluere paratus est detracta tamen, vt æquum est vtilitate loci cuius detractioni nolit creditor consentire. Quid enim aliud hîc faciat iudex, nisi vt debitorem quantumuis extra culpam & in bona fide constitutum creditori condemnet? Vel ob hoc ipsum, vt in eo condemnando creditoris moram puniat, detrahendo ex summa debita quanti debitoris interest alio loco soluere quàm in quo conuenitur, quod alioqui non detractum semper in obligatione remaneret. Ergo condemnandus est omnimodo reus, quia non negat se debere, sed tantùm allegat alio se loco soluere debere, quod non sufficit ad merendam absolutionem. Ne si tunc absoluatur, non magis alio vnquam loco possit condemnari dummodo abstineat se ab eo loco in quem collata solutio est. Alioqui tollis actori actionem dum reo vis reseruare optionem *dict. §. Scæuola in fin.* Sed tamen in ipsa condemnatione interdum id agere iudex debet, vt grauiorem eam faciat, id est in maiorem quantitatem eum condemnet, quàm quæ sit in obligatione, Nempe si per eum steterit ne suo loco soluat, Interdum verò vt faciat leuiorem, puta si intersit rei qui nondum fuerit ipse in mora. Idque est quod ait Vlpianus *in dict. l. 2. in princip.* arbitrariam actionem vtriusque vtilitatem continere tam actoris quàm rei. Quòd si rei interest, minoris fieri pecuniæ condemnationem, quàm intentatum est, Aut si actoris, fieri maioris.

ERROR SECVNDVS.

De eo quod Africanus scribit in l. centum 8. De eo quod cert. loc. rationem æstimationis arbitrio iudicis committi.

ITEMQVE quod Africanus *in l. centum Capuæ 8. eod. tit.* in hac arbitraria actione tanti litem æstimari quanti vel promissoris vel actoris interfuerit, posséque ex promissoris mora ipsius obligationem augeri, non etiam fideiussoris. Denique circa executionem obligationis pecuniæ creditæ rationem æstimationis arbitrio iudicis committi. Sensus est, In cæteris actionibus, non dico arbitrariis, sed ex stipulatione competentibus, quæ omnes sui natura strictæ sunt, nulla penitus præter hanc arbitraria, sic obseruari ex iuris ratione vt iudex promissorem condemnare debeat præcisè ad eam ipsam quantitatem quæ deducta est in stipulationem, ita vt neque addere quicquam possit, neque detrahere *vulg. l. quicquid adstringendæ 98. De verbor. obligat.* Ideò namque dicitur stipulatio contractus strictus & actio quæ ex stipulatione nascitur, stricti iuris, quia nullam æquitatis, nullam arbitrij rationem admittit *l. quia tantundem 7. De neg. gest.* At in actione arbitraria De eo quod certo loco quæ potissimum ob stipulationes inducta est. *d. l. 1. & 2. §. 1. de eo quod cert. loc.* licet ex testamento quoque locum habeat *l. si heres 5. eod.* nulla certa quantitas continetur, quæ in condemnationem præcisè ac omnimodo deducenda sit. Sed tota iudicis arbitrio relinquitur, ad cuius officium pertinet vt æstimet quanti intersit actoris vt ea quantitate adiecta obligationi augeat condemnationem si per reum factum sit ne destinato loco solueret, Aut quanti intersit rei si alio loco ante moram conueniatur vt eo detracto condemnet quidem reum, sed in minorem quãtitatem quàm quæ ex stipulatione debeatur. Proinde si stipulatio fuit centum aureorum, condemnabit reum iudex datus in actione arbitraria nunc ad maiorem, nunc ad minorem quantitatem, Numquam ad centum præcisè, quia fieri numquam potest vt non alterutrius intersit solui suo loco potiùs quàm alio, neque rursum vt ratio haberi non debeat eius vtilitatis. Nec rursus fieri potest, vt in hoc iudicio iudex condemnet reum ad quantitatem debitam, ac præterea in id omne quod intererit actoris si mora per reum facta sit. Nulla enim ratio est rei condemnandi ad soluendum alio loco, quàm in quo debet nisi confugias ad rationem æquitatis: quæ porrò non patitur vt liberari reus debeat condemnatione & præstatione quantitatis debitæ, sed exigit potiùs vt augeatur obligatio per adiectionem eius, quod interest stipulatoris: Quemadmodum ex contrario, si nulla rei mora & culpa fuerit, nulla ratio est condemnandi eius ad totam quantitatem ex stipulatione debitam. Nec si pariter, eâdémque sententia velit iudex actorem in id omne condemnare quod intersit rei alio loco conueniri quàm in quo solui oportuit. Cur enim condemnetur ad soluendum in eo loco in quo nihil debet soluere, quin vtilitatis eius ratio habeatur? Aut quomodo eius vtilitatis ratio haberi potest, quin debitor in minorem quàm quæ debita est quantitatem condemnetur? An non ipsius interest non soluere potiùs quàm solutum repetere *vulg. l. 3. De compens. leg. si stipulatus 15. D. de fideiuss.* Itaque nec ita iudex pronunciare potest vt condemnet reum ad quantitatem debitam, detracto tamen quanti eius interesse posteà apparebit. Debet enim ipse per suam sententiam litem æstimare, ac proinde an & quatenus rei intersit cognoscere & post factam taxationem, illam ipsam quantitatem quæ taxata est in condemnationem deducere, vt *in l. si traditio. 4. Cod. de action. empt.* Non condemnando actorem ad eam quantitatem qua sit æstimatum id quod interest debitoris, sed tantò minùs condemnando debitorem, puta ad sexaginta si debebat centum, ipsiúsque interfuerit

fuerit in quadraginta. Quòd si nihil interfit iam actoris nisi ratione loci, puta quòd adiectio solutionis causa alibi solutum sit vt in eleganti specie, de qua *in d. l. §. Idem Iulianus* solùm id quod interest petendum erit, & deducendum in condemnationem vt eo loco Vlpianus concludit. Quare non vt in cæteris arbitrariis iudex quicquam arbitratur ante latam sententiam, sed arbitratur tunc cùm profert sententiam, nec tam quid actor aut reus faciendum habeat, quàm quid ipse pronunciandum, ac posteà exequendum. In summa nihil deducit in condemnationem nisi quòd arbitratur ex æquitate præstari debere discussa diligenter facti quæstione, quæ in eo primùm versatur. An & per quem ex contrahentibus mora facta sit. Deinde an & quatenus interfit eius cui alioquin per actionem arbitrariam iniuria nonnulla fieri videretur. Consistunt enim omnia hæc in facto magis quàm in iure *l. mora 32. D. de vsur. l. vlt. De prætor. stipulat. l. quatenus 24. De regul. iur.* Et idcirco pertinent ad quæstiones quæ sunt De bono & æquo in quibus maior æquitatis quàm iuris ratio haberi debet ne sub authoritate iuris scientiæ quod sæpe fit perniciosè erretur *l. si seruum 91. §. sequitur De verbor. oblig.* Quò respiciens Vlpianus *in l. quòd si Ephesi 4. De eo quod cert. loc.* ait eleganter, & generaliter, Æquitatem ante oculos habere semper debere iudicem qui huic actioni addictus est. Ex quo infert quòd iis quę hucusque diximus necessariò subiiciendum est, Interdum iudicem qui ex huiusmodi actione cognoscit, cùm sit illa arbitraria absoluere rem debere, Sed cautione, inquit, ab eo exacta de pecunia ibi soluenda vbi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata actori pecunia dicatur, vel deposita, vel ex facili soluenda? Nónne, inquit, debebit interdum absoluere? Ita sanè est, quoniam hoc suadet æquitas: Sed tamen hoc quoque casu non erit tale arbitrium iudicis quale in cæteris arbitrariis. Nam in cæteris arbitrariis ita quidem obtinet, vt si arbitrio parebitur, absolutio sequatur. Sed arbitrium tale esse solet, ac debet vt actori plenissimè satisfiat, si fieri possit [quis enim vir bonus non sic arbitraretur?] ideóque si reus non satisfaciat grauiùs per sententiam condemnatur. At in arbitraria De eo quod certo loco, reus à quo nihil nisi solutio petitur, priùs absoluitur quàm soluerit, quia nec æquitas patitur, vt iudex arbitrari debeat solutionem ab eo faciendam esse in eo loco in quo conuenitur, cùm eam suo loco obtulerit adeóque deposuerit obsignatam, Aut si facilius in loco destinato pecuniam explicare possit aut conquirere. Tantúmque abest vt his casibus reum condemnari æquum sit, vt si eo loco sententiam & condemnationem accipere paratus esset, vtique in minorem quantitatem condemnari deberet, quàm quæ ab eo esset debita, Deducto scilicet, vt diximus, quanti eius interesset ob id quòd alio loco quàm destinato conueniretur. Igitur si paratus sit cauere de pecunia ibi soluenda sine diminutione vbi promissa est [nam vt inuitus iubeatur cauere si malit soluere detracta vtilitate loci certè dici non potest] vtique audiri debet, Non quasi ea cautio pro solutione, vel satisfactione sit, sed quia æquitas non patiatur, vt ad aliud condemnetur. Imò nec ad præstandam cautionem, quia quod cauere iubetur per arbitrium fit & ad ipsius postulationem non per condemnationem. Alioqui quomodo absolui posteà posset qui iam condemnatus fuisset? Quid ergo si cauere iussus noluerit parêre? Condemnandus erit non absoluendus, sed non ob hoc ipsum condẽnandus, quòd parêre noluerit, at potiùs quia debet vtiliq; arbitraria conueniri vbique potuit vt solueret, Ideóq; non in maiorẽ quàm ab

o debitam quantitatem condemnatur vt in aliis arbitrariis eueniret, sed in minorem deducto scilicet eo quòd ipsius debitoris condemnati per quem mora nulla facta fuisset, interesset. Nihil igitur simile aut commune habet actio hæc cum cæteris arbitrariis, siue pareatur arbitrio iis casibus quibus arbitrio locus esse potest siue non pareatur, & siue sequatur absolutio siue condemnatio. Dixi *iis casibus quibus arbitrio locus esse potest*, quia extra casus illos de quibus *in dict. l.* 4. vix est vt arbitrio quod absolutionem vel condemnationem præcedere debeat, locus esse possit, Quod satis significat Vlpianus, cùm ait interdum posse iudicem in hac actione absoluere debitorem. Et rursum his quoque casibus quos enumerat posse absoluere non semper, sed interdum, Nempe si paratus sit debitor cauere de pecunia ibi soluenda vbi promissa est: Cautionem enim his casibus exigit iudex nec fortasse per modum arbitrij præcedentis [nihil enim tale fateri nos cogunt verba illa Vlpiani *cautione ab eo exacta*] sed per officium suum ita iubendo aut ad postulationem & oblationem ipsius debitoris cui sit commodius ibi cauere vbi conuenitur, quàm soluere, aut ex sola æquitate iudicij, vt euenit in iudicialibus omnibus stipulationibus quæ sic dictæ sunt, quòd iudicis officio non arbitrio interponantur *leg. stipulationum* 5. *De verbor. obligat.* & apud Iustinianum *tit. De diuis. stipul.* & quibus locus est etiam in arbitrariis iudiciis post arbitrium quoque & tunc cùm ob id quòd arbitrio paritum non sit, cogitur iudex venire ad condemnationem vt *in l. hæc si res* 47. *l. is à quo* 57. *& pass. D. de rei vindicat. l. item si cùm* 14. *quid si homo D. quod met. caus.* Ac sane in toto illo *tit. De eo quod cert. loc.* arbitrij illius præcedentis ex quo cæteræ arbitrariæ æstimantur nusquam mentionem fieri video, sed tantùm officij iudicis, & arbitrij quod in ipsa condemnatione non ante condemnationem interuenire necesse sit *l.* 2. *§. nunc de officio l.* 3. *dict. l. centum Capuæ* 8. *ill. tit.* Vtcunque sit, etiamsi admittas cautionem istam interponi arbitrio illo iudicis, quod debeat præcedere absolutionem, numquam verò condemnationem, non erit arbitrium De soluendo aut aliter satisfaciendo, quale est & esse debet in aliis arbitrariis, sed tantùm de cauendo, Cui arbitrio si non pareatur, sequitur quidem condemnatio, sed non grauior quàm si arbitrium nullum præcessisset nec proinde ob id quòd arbitrio non sit obtemperatum, sed quoniam actionis ipsius natura ita postulet, vt iam diximus. Ex quo appatet tantò clariùs non interponi hanc cautionem per modum arbitrij præcedentis, sed mero iudicis officio æquitatem ante oculos habentis. Nec proinde posse hanc actionem dici arbitrariam eo sensu, quo aliæ arbitrariæ dicuntur, quod ex arbitrio pendeat, Sed quòd arbitrio iudicis fiat in ea condemnatio, quod in aliis non ita est. Neque verò æstimantur arbitrariæ actiones vt nec cæteræ actionum species ex absolutione sed ex condemnatione, quoniam & in omnibus actionum formulis condemnationis tantùm mentio fit, non etiam absolutionis. Ideóque Iustinian. *in §. præterea De action.* arbitrarias actiones ait esse non illas in quibus si arbitrio iudicis satisfiat sequi debeat absolutio, sed in quibus nisi is cum quo agitur arbitrio iudicis satisfaciat, sequi debeat condemnatio.

ERROR

ERROR TERTIVS.

De formula quam adstruunt actionis arbitrariæ De eo quod certo loco.

PERGEBAMVS ad cæteras actiones arbitrarias tam ciuiles, quàm Prætorias. Sed vt in hac De eo quod certo loco, quæ specialiori nomine arbitraria dicitur & elegantiorem tractatum habet, diutiùs immorandum nobis sit, faciunt errores nostrorum interpretum & veterum & recentiorum à nobis explodendi vt ex iuris ratione omnia quæ ad actionem istam pertinent bene intelligantur. Primus ille est qui circa huius actionis formulam consistit. Sic enim eam illi adstruunt *Si paret Titium Manio centum aureos Capuæ dare oportere neque ea pecunia arbitrio tuo soluatur aut eo nomine satisfiat, condemna eum.* Hoc verò quàm falsum sit intelligitur satis ex iis quæ superiore capite sunt à nobis disputata: Vbi ostendimus in hac specie actionis arbitrariæ nullum præcedere arbitrium iudicis de pecunia vel merce soluenda vt posteà sequi possit absolutio si pareatur arbitrio, vel condemnatio, si non pareatur, quemadmodum euenit in aliis actionibus arbitrariis: Sed rectà deueniri ad condemnationem non minùs quàm si actione stricta ageretur, & pura intentione, vt loquitur Iustinian. *in §. plus autem De action.* Nisi quòd in actione stricta & directa ex stipulatione, condemnandus esset omnimodo & præcisè debitor ad eam quantitatem quæ in stipulationem deducta esset nulla adiectione vel detractione facta ob vtilitatem siue actoris siue rei si fortè alterutrius ipsorum interesset alibi potiùs quàm Capuæ agi, quia neuter eorum recusare posset quominùs ea lex contractus exerceretur quæ ab initio vtrique placuisset, *dict. §. plus autem l. quòd si Ephesi 4. in princip. D. de eo quod cert. loc.* At cùm agitur arbitraria De eo quod certo loco, & consequenter alibi quàm in eo ipso loco in quem collata fuerat solutio, perinde quidem condemnatur debitor, sed arbitrio iudicis, id est in eam quantitatem non quæ in stipulatum deducta fuit, quia neque secundum formam stipulationis agitur, sed quam iudex arbitrabitur ex æquitate in condemnationem deduci oportere, æstimata scilicet vtilitate siue actoris siue rei, Illius videlicet per quem factum non erit quominùs suo & destinato loco soluatur. Id enim est quod Caius docet *in leg. 3. eod. tit.* Ideò in arbitrium iudicis referri conferríque hanc actionem, quòd varia sint & longè diuersa precia rerum per singulas ciuitates & regiones, maximè vini, olei, frumenti, cæterarúmque huiusmodi rerum quæ mercis appellatione continentur. Pecuniarum quoque licèt videatur vna & eadem potestas vbique esse, tamen aliis locis inquit faciliùs & leuioribus vsuris inueniuntur, aliis difficiliùs & grauioribus vsuris. Quibus verbis apertè profitetur Caius quod nos volumus, arbitrariam dici quidem hanc actionem propter arbitrium, At non quia pendeat ex arbitrio vt cæteræ, sed quia condemnatio quæ ex ea fit tota in arbitrium iudicis conferatur. Ita vt si me interroges quid in huius actionis condemnationem venire debeat, non aliud respondere possim quàm, quod ex æquitate iudex arbitrabitur. Non igitur ita debuit concipi formula quomodo sibi fingunt interpretes additis illis verbis *neque ea pecunia arbitrio tuo soluatur*, quorum quippe vsus nullus est nisi cùm grauior

condemnatio postmodum irroganda est si arbitrio non pareatur : Quod hîc non euenit , siquidem eadem semper & omni casu debitorem manet condemnatio post arbitrium illud commentitium , quæ cum maneret, etiam nullo arbitrio præcedente. Imò verò si istis credimus non posset non iniquum esse arbitrium , quod grauiùs esset ac durius ipsa condemnatione. Esset autem grauius & durius si poneres actore petente Lugduni centum aureos qui Capuæ dari debuerant , tale iudicis arbitrium esse oportere , vt centum illi aurei soluantur Lugduni nulla ratione habita alterius loci in quo fieri solutio debuit nec detracta vtilitate promissoris cuius interesset Capuæ solui potiùs quàm Lugduni & per quem nihil factum est quominùs Capuæ solueretur. Aut si dicas quod nec isti negaturi videntur , non minùs in arbitrio quàm in condemnatione iudicem ante oculos habere æquitatem debere , perindéque ob vtilitatem loci qui in stipulatione adiectus fuerat , aliquid summæ debitæ addere , vel de illa detrahere. Atque vt eorum verbis vtar [coguntur enim hoc fateri] nihil in condemnatione ponere nisi quod fuerit in arbitrio. Quæro quid proderit arbitrium præcessisse , Aut quid nocebit arbitrio non paruisse, & condemnationem expectare maluisse ? An non planè stultum fuerit indignúmque iudice ac Prætore per plura facere quod non solùm æquè commodè, sed etiam multò commodiùs fieri potuerit per pauciora? Quidni enim potiùs admittamus, id quod res est , arbitrio quidem iudicis locum esse in hac actione , sed in ipsa ferenda sententia & condemnatione,& in lite æstimanda, vt loquitur Africanus in *l.centum Capuæ 8.De eo quod cert.loc.* non ante sententiam & condemnationem. Nec enim lis æstimatur ante sententiam, nec per arbitrium illud quod in actionibus arbitrariis debet præcedere , sed tum demùm cùm condemnatio fit. Quod verò iidem addunt in formula *aut eo nomine satisfiat* æquè ineptum est. Qui enim certo loco pecuniam aut merces date promisit, non magis satisfacere alio loco quàm soluere iubendus est. Imò verò debet actor ei satisfacere propter iniuriam quam alioqui inferret ei auferendo vtilitatem loci. Et ob eam nimirum causam arbitrium iudicis ex æquitate necessarium est vt iniquitas illa corrigatur detrahendo ex summa debita quanti promissoris interesset solui potius in loco destinato. Sed illud multò ineptius, quòd actionis formulam concludunt præcisis illis , & absolutis verbis *condemna eum*, acsi de directa strictáque actione ex stipulatu tractarent. Id enim si ita esset , sequeretur eas iudicis partes fore, vt debitorem omnimodo condemnare deberet in eam ipsam quantitatem quę promissa fuisset. Ad quid enim aliud referre possis ea verba, nisi ad priora illa *si paret Titium Mæuio centum aureos Capuæ dare oportere*. Secundum quam relationem quid aliud obsecro facere iudex posset nisi vt Titium ad centum aureos condemnaret? Nam & in bonæ fidei iudiciis idem eueniret, nisi condemnandi iussum præcederent illa *ex bona fide* quę liberum quodammodo condemnationis arbitrium iudici permittunt *l. 1. in princip. D. de vsur. l. quia tantundem 7. D. de negot. gest.* Et è contrario non aliam ob causam strictæ dicuntur actiones , quàm quòd præcisè illo verbo *condemna eum* cogatur iudex reum præcisè condemnare , nulla prorsus siue bonæ fidei siue æquitatis habita ratione. Sic ergo fiet vt iudex qui actioni huic arbitrariæ addictus est , cogendus sit quantitati contractus inseruire , neque vel excedere vel minuere quantitatem possit : nec si interfuerit rei Capuæ soluere potiùs quàm eo loci in quo conueniebatur. Quod tamen euidentissimè falsum est

Digitized by Google

ſum eſt ſi Labeoni, Iuliano & Vlpiano credimus *in leg. 2. §. vltim. De eo quod cert. loc.*

ERROR QVARTVS.

Quomodo concipienda ſit formula actionis arbitrariæ De eo quod certo loco. Et cur per emphaſim dicatur arbitraria.

FATEAMVR ergo non ita potuiſſe concipi formulam huius actionis quomodo iſti concipiunt, ſed ſic potiùs *ſi paret Titium Mæuio centum aureos Capuæ dare oportere & alibi ſolutio petetur, tu quanti æquum arbitratus fueris condemna eum.* Ita enim cõcepta formula iudex non tam certæ quantitati quàm actioni arbitrariæ addictus liberum arbitrium habet condemnãdi rei vel in maiorem, vel in minorem quantitatem prout ex facti circumſtantiis æquum eſſe cõpererit, adeò vt omnis vtilitatis quam loci adiectio afferre potuit rationem habere debeat, nec tantùm damni emergentis, ſed etiã lucri ceſſantis, vt ex Labeone & Iuliano diſputat Vlpianus *in d. §. vlt.* Adieci *& alibi ſolutio petetur*, quia vnum illud eſt quod ſicut inducit neceſſitatẽ actionis arbitrariæ, ita facit actionem arbitrariam, Cùm ſi petatur ſolutio in eo ipſo loco in quem fuerat deſtinata arbitrariæ actioni locus eſſe non poſſit, ſufficiente directa ſtrictáque actione ex ſtipulatione per quam pura intentione, nulliúſque loci mentione facta poſſit ea quantitas præcisè peti quæ nullo adiecto loco deducta fuit in ſtipulatũ. Subieci *quãti æquum arbitratus fueris*, vt appareat & arbitrium datum eſſe iudici cõdemnationis faciendæ, ne quantitati contractus inſeruire cogatur, Et arbitrium tamen illud non niſi ex æquitate conſtituendum eſſe, quale ſcilicet à bono quolibet viro cõſtitueretur. Quæ res facit vt nec ſemper & omnimodo teneatur iudex debitorem cõdemnare, ſed interdum abſoluere illum poſſit & debeat, vt in caſu *l. quòd ſi Epheſi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.* de cuius ſententia iam ſcripſimus. Atq; hæc vna certè ratio eſt propter quam hæc actio ſpeciali nomine & per emphaſim arbitraria vocatur, Nẽpe quòd in ea fiat ſententia & cõdẽnatio arbitrio iudicis, non etiã in cæteris. In quibus permittitur quidem iudici ex bono & æquo ſecundũ cuiuſq; rei de qua actum eſt naturam æſtimare queãdmodũ actori ſatisfieri oporteat vt Iuſtinianus loquitur *in §. præterea De action.* Sed hoc per arbitrium quod præcedit ſententiam & condẽnationẽ at non per cõdemnationem ipſam. Quæ ſc. in cæteris omnibus actionibus arbitrariis certa conſtituta eſt vel à lege vel ex edicto Prætoris, vel ex authoritate prudentum, numquã verò iudicis arbitrio relicta. Eſſet enim id ſanè nimis periculoſum cùm in pœnam neglecti arbitrij condemnatio grauior irroganda ſit, quàm veriſimile eſt offenſum iudicem plus æquo grauem inflicturum eſſe, ſi arbitrio eius condemnationis quantitas cõmitteretur. At neque in actione arbitraria De eo quod certo loco tale arbitrium iudici permittendum vnquam fuiſſet, niſi actionis neceſſitas & æquitas hoc ius vel ab inuito propemodum Prætore extorſiſſet. Quamquam verendum non fuit, ne ſeuerior eſſet iudex in irroganda pœna ob offenſam neglecti arbitrij; quod in actione iſta nullum, vt diximus, intercedit. Nec rurſus adeò vagatur arbitrium iudicis in hac actione, cùm reſtringendum ſit ad id quod reus aut etiam interdum actor probat ſua intereſſe ratione

loci. Vnde fit vt quamuis pro pecunia debita non soleat præstari id quod interest ne facilè res eat in infinitum, aliud tamen sit cùm certo loco dari pecunia debuit, quia coarctatum est hoc casu ad circumstantiam loci *dict. l. 3. de eo quod cert. loc. & l. nummus 3. D. de in lit. iur.* Sanè quod recentiores volunt defendi non potest, Dictam esse hanc actionem arbitrariam simpliciter & per emphasim quòd in ea plures æquitatis partes iudex sustineat quàm in aliis in quibus remoto, inquiunt, arbitrio ante sententiam quicquid ipsius actionis & iudicij est, strictum est. Quam in sententiam mouentur ex eo errore quòd putant iudicem huic actioni addictum statim & iam ante sententiam æquitatis partes suscipere propter permissum sibi arbitrium. Nec priùs iudicare ex formula, quàm res exitum habere per arbitrij viam non possit. Quæ omnia falsa sunt: Nullæ enim sunt partes iudicis vt quicquam ex æquitate decernat in actione ista ante sententiam, sed tantùm vt de facto cognoscat & inquirat per quem ex contrahentibus fiat ne solutio suo loco petatur, Et deinde an & quatenus intersit eius per quem nihil contra legem stipulationis factum est. Tum ergo incipit partes æquitatis sustinere cùm pronunciat, siue absoluendo reum exacta ab eo cautione de soluenda ibi pecunia vbi promissa est si fortè iustam ille causam adferat ob quam non sit æquum cogi eum alibi soluere, vt *in dict. l. quòd si Ephesi* 4. §. 1. Siue condemnando eum detracta loci in quo solui debuit vtilitate. Non ergo plures æquitatis partes in actione ista sustinet quàm in cæteris arbitrariis, sed tardiùs æquitatem spectat, In ipsa videlicet ferenda sententia, cùm in aliis actionibus arbitrariis spectare illam deberet in ferendo arbitrio quod præcedere debet rem iudicatam. Sed neque verum est quod aiunt, in aliis arbitrariis remoto arbitrio quod præcedit sententiam quicquid ipsius actionis & iudicij est magis strictum esse quàm in arbitraria De eo quod certo loco. Nam vel ob hoc maximè comparata est actio hæc arbitraria, quòd actio ex stipulatu sua natura esset stricta, nec pati posset vt alio loco reus conueniretur, quàm in quo soluere promisisset. Tolle igitur æquitatem & arbitrium iudicis, si fieri potest vt tollas, remanente actione. Nihil supererit quod strictum non sit. Longéque veriùs quàm in cæteris actionibus arbitrariis, quæ nulla certè sui parte strictæ sunt, vt vulgo malè creditur, sed ab initio & semper arbitrariæ, A quibus non video qua arte vel fictione possis arbitrium separare quin desinant non solùm arbitrariæ, sed etiam actiones esse cùm totæ ex arbitrio pendeant tanquam à propria substantia *dict. §. præterea De action.* Neque rursus verum est in aliis arbitrariis etiam semoto arbitrio quicquid actionis & iudicij est strictum esse. Quænam enim latior & laxior condemnatio esse potest quàm si condemnetur reus per sententiam post arbitrium latam quanti actor in litem iurauerit, & quidem sine vlla taxatione? Atqui iam olim id eueniebat in rei vindicatione *l. eius rei 46. & sequent. D. de rei vindication. l. vltim. D. de fideiuss.* euenítque hodie in omnibus arbitrariis si dolo malo recuset possessor arbitrio parêre & rem restituere, Postquàm ita Triboniano visum est sub Vlpiani nomine *in l. qui restituere 68. De rei vindic.* Contrà verò in arbitraria De eo quod certo loco si remoueas arbitrium iudicis, remanebit actio stricta, nec fieri poterit vt iudex quicquam adiiciat vel detrahat summæ debitæ, non magis quàm si eo ipso in loco in quo fieri solutio debuit, peteretur *dict. l. quòd si Ephesi in princ.* Sed hæc quoque suppositio de impossibili est, quia non possis arbitrium

iudicis

Digitized by Google

iudicis ex actione ista tollere quin actionem destruas, Et ex arbitraria atque vtili facias directam, cui locus nullus esse poterit ad petendam pecuniam alio loco, quàm in quem destinata solutio fuit. Agi enim hîc nisi ex stipulatione non potest, neque rursus ex stipulatione nisi ad eum modum qui stipulationis verbis præscriptus est *l.1. De eo quod cert. loc.*

ERROR QVINTVS.

De causis ex quibus datur arbitraria De eo quod certo loco.

VULGO traditum est, Dari hanc actionem arbitrariam De eo quod certo loco ex strictis causis, stipulationis, testamenti, mutui, & constituti *Ex l.1.5.& 6. D. de eo quod cert. loc. l. si duo 16. §. 1. D. de pecun. const.* Videamus an hoc verum sit. Et quidem quod aiunt competere illam ex causis strictis, si sic intelligunt vt bonæ fidei iudicia excludant, bene sentiunt. Extat enim Pauli sententia *in l. in bonæ fidei 7. ill. tit. De eo quod cert. loc.* In bonæ fidei iudiciis etiamsi conuenit in contrahendo, vt certo loco quid præstetur, ex empto vel vendito, vel depositi actionem competere non arbitrariam. Eiúsque iuris euidens ratio illa est, quia in bonæ fidei iudiciis permittitur arbitrio iudicis æstimare omnia ex bona fide ob verba illa aurea *ex bona fide*, quæ in formula huiusmodi actionum semper addebantur *§. in bona fidei Inst. de act. l. quia tantundem 7. D. de neg. gest. l. 1. de vsur.* Bona fides autem non patitur, vt quod certo loco dari fieríve promissum est, ob id minùs præstari debeat, quòd ad illum locum accedere debitor numquam velit, siue data opera id faciat in quo insignis quædam mala fides & perfidia elucet, æquitate iudicij haud dubiè vindicanda, siue aliis negotiis districtus impediatur, ne ad locum destinatum venire possit. Planè si certo loco rem venditam traditurum se emptori venditor per stipulationem promiserit, actio arbitraria necessaria erit, vt Paulus subiicit *in d. l. in bonæ fidei.* Nempe, quoniam eo casu per stipulationem nouatur empti actio, quantū ad id quod in stipulationem venire potest, cùm soleret olim eiusmodi stipulatio interponi animo nouandi *l.3. §.1. D. de act. empt. l.4. in princip. D. de vsur.* ac proinde sublata actione ex empto, necesse est agi ex stipulatione, quæ actio licet pendeat & proficiscatur ex negotio bonæ fidei, semper stricta est. Ideóque nec agi ex ea potest alio loco quàm in quem stipulatus emptor fuit nisi arbitraria *l. 1. De eo quod cert. loc.* Isque Pauli sensus est *in d. l. in bonæ fidei vers. si tamen,* non ille quem quidā notât vt monere Paulus velit nihil hac parte inter dādi & faciendi obligationes interesse. Quod neque verum est si adeò generaliter intelligatur, Cùm is qui certo loco insulam fieri promisit, si eam alibi fecerit, in nihilum liberetur, nisi consentiente stipulatore fecerit, *l.2. §. idem* Iulianus *eod. tit.* vbi addit Vlpian. summæ solutionem hac in re multum distare à fabrica insulæ. Neque ad Pauli mentem vllomodo pertinet, qui nihil aliud agit, nisi vt ostendat quantum intersit an agatur ad rem tradendam actione ex empto, an ex stipulatione quam uis interposita ob causam emptionis. Tractat autem de stipulatione *Rem tradi* non *Rem dari*, quia tradere tantùm venditor tenetur, non rem dare, *dicta lege 3. in princip.* iunct. *leg. 1. l. ex empto 11. §. & in primis D. de action. empt.*

Digitized by Google

loci. Vnde fit vt quamuis pro pecunia debita non soleat præstari id quod interest ne facilè res eat in infinitum, aliud tamen fit cùm certo loco dari pecunia debuit, quia coarctatum est hoc casu ad circumstantiam loci *dict. l. 3. de eo quod cert. loc. & l. nummis 3. D. de in lit. iur.* Sanè quod recentiores volunt defendi non potest, Dictam esse hanc actionem arbitrariam simpliciter & per emphasim quòd in ea plures æquitatis partes iudex sustineat quàm in aliis in quibus remoto, inquiunt, arbitrio ante sententiam quicquid ipsius actionis & iudicij est, strictum est. Quam in sententiam mouentur ex eo errore quòd putant iudicem huic actioni addictum statim & iam ante sententiam æquitatis partes suscipere propter permissum sibi arbitrium. Nec priùs iudicare ex formula, quàm res exitum habere per arbitrij viam non possit. Quæ omnia falsa sunt: Nullæ enim sunt partes iudicis vt quicquam ex æquitate decernat in actione ista ante sententiam, sed tantùm vt de facto cognoscat & inquirat per quem ex contrahentibus fiat ne solutio suo loco petatur, Et deinde an & quatenus intersit eius per quem nihil contra legem stipulationis factum est. Tum ergo incipit partes æquitatis sustinere cùm pronunciat, sine absoluendo reum exacta ab eo cautione de soluenda ibi pecunia vbi promissa est si fortè iustam ille causam adferat ob quam non sit æquum cogi eum alibi soluere, vt *in dict. l. quòd si Ephesi 4. §. 1.* Siue condemnando eum detracta loci in quo solui debuit vtilitate. Non ergo plures æquitatis partes in actione ista sustinet quàm in cæteris arbitrariis, sed tardiùs æquitatem spectat, In ipsa videlicet ferenda sententia, cùm in aliis actionibus arbitrariis spectare illam deberet in ferendo arbitrio quod præcedere debet rem iudicatam. Sed neque verum est quod aiunt, in aliis arbitrariis remoto arbitrio quod præcedit sententiam quicquid ipsius actionis & iudicij est magis strictum esse quàm in arbitraria De eo quod certo loco. Nam vel ob hoc maximè comparata est actio hæc arbitraria, quòd actio ex stipulatu sua natura esset stricta, nec pati posset vt alio loco reus conueniretur, quàm in quo soluere promisisset. Tolle igitur æquitatem & arbitrium iudicis, si fieri potest vt tollas, remanente actione. Nihil supererit quod strictum non sit. Longéque veriùs quàm in cæteris actionibus arbitrariis, quæ nulla certè sui parte strictæ sunt, vt vulgo malè creditur, sed ab initio & semper arbitrariæ, A quibus non video qua arte vel fictione possis arbitrium separare quin desinant non solùm arbitrariæ, sed etiam actiones esse cùm totæ ex arbitrio pendeant tanquam à propria substantia *dict. §. præterea De action.* Neque rursus verum est in aliis arbitrariis etiam remoto arbitrio quicquid actionis & iudicij est strictum esse. Quænam enim latior & laxior condemnatio esse potest quàm si condemnetur reus per sententiam post arbitrium latam quanti actor in litem iurauerit, & quidem sine vlla taxatione? Atqui iam olim id eueniebat in rei vindicatione *l. eius rei 46. & sequent. D. de rei vindication. l. vltim. D. de fideiuss.* euenítque hodie in omnibus arbitrariis si dolo malo recuset possessor arbitrio parêre & rem restituere, Postquàm ita Triboniano visum est sub Vlpiani nomine *in l. qui restituere 68. De rei vindic.* Contrà verò in arbitraria De eo quod certo loco si remoueas arbitrium iudicis, remanebit actio stricta, nec fieri poterit vt iudex quicquam adiiciat vel detrahat summæ debitæ, non magis quàm si eo ipso in loco in quo fieri solutio debuit, peteretur *dict. l. quòd si Ephesi in princ.* Sed hæc quoque suppositio de impossibili est, quia non possis arbitrium

iudicis

iudicis ex actione ista tollere quin actionem destruas, Et ex arbitraria atque vtili facias directam, cui locus nullus esse poterit ad petendam pecuniam alio loco, quàm in quem destinata solutio fuit. Agi enim hîc nisi ex stipulatione non potest, neque rursus ex stipulatione nisi ad eum modum qui stipulationis verbis præscriptus est *l.1. De eo quod cert. loc.*

ERROR QVINTVS.

De causis ex quibus datur arbitraria De eo quod certo loco.

VULGO traditum est, Dari hanc actionem arbitrariam De eo quod certo loco ex strictis causis, stipulationis, testamenti, mutui, & constituti *Ex l.1.§.& 6.D.de eo quod cert. loc.l.si duo 16.§.1.D.de pecun.const.* Videamus an hoc verum sit. Et quidem quod aiunt competere illam ex causis strictis, si sic intelligunt vt bonæ fidei iudicia excludant, bene sentiunt. Extat enim Pauli sententia *in l.in bonæ fidei 7.ill.tit. De eo quod cert. loc.* In bonæ fidei iudiciis etiamsi conuenit in contrahendo, vt certo loco quid præstetur, ex empto vel vendito, vel depositi actionem competere non arbitrariam. Eiúsque iuris euidens ratio illa est, quia in bonæ fidei iudiciis permittitur arbitrio iudicis æstimare omnia ex bona fide ob verba illa aurea *ex bona fide*, quæ in formula huiusmodi actionum semper addebantur *§.in bona fidei Inst.de act.l.quia tantundem 7. D.de neg.gest.l.1.de vsur.* Bona fides autem non patitur, vt quod certo loco dari fierive promissum est, ob id minùs præstari debeat, quòd ad illum locum accedere debitor numquam velit, siue data opera id faciat in quo insignis quædam mala fides & perfidia elucet, æquitate iudicij haud dubiè vindicanda, siue aliis negotiis districtus impediatur, ne ad locum destinatum venire possit. Planè si certo loco rem venditam traditurum se emptori venditor per stipulationem promiserit, actio arbitraria necessaria erit, vt Paulus subiicit *in d.l.in bonæ fidei.* Nempe, quoniam eo casu per stipulationem nouatur empti actio, quantū ad id quod in stipulationem venire potest, cùm soleret olim eiusmodi stipulatio interponi animo nouandi *l.3.§.1. D.de act.empt.l.4.in princip.D.de vsur.* ac proinde sublata actione ex empto, necesse est agi ex stipulatione, quæ actio licet pendeat & proficiscatur ex negotio bonæ fidei, semper stricta est. Ideóque nec agi ex ea potest alio loco quàm in quem stipulatus emptor fuit nisi arbitraria *l.1. De eo quod cert.loc.* Isque Pauli sensus est *in d.l.in bonæ fidei vers.si tamen,* non ille quem quidā notāt vt monere Paulus velit nihil hac parte inter dādi & faciendi obligationes interesse. Quod neque verum est si adeò generaliter intelligatur, Cùm is qui certo loco insulam fieri promisit, si eam alibi fecerit, in nihilum liberetur, nisi consentiente stipulatore fecerit, *l.2.§.idem Iulianus eod.tit.* vbi addit Vlpian. summæ solutionem hac in re multum distare à fabrica insulæ. Neque ad Pauli mentem vllomodo pertinet, qui nihil aliud agit, nisi vt ostendat quantum intersit an agatur ad rem tradendam actione ex empto, an ex stipulatione quam tis interposita ob causam emptionis. Tractat autem de stipulatione *Rem tradi* non *Rem dari*, quia tradere tantùm venditor tenetur, non rem dare, *dicta lege 3.in princip.* iunct.*leg.1.l. ex empto 11. §. & in primis D. de action. empt.*

cùm dandi verbo translatio dominij significetur *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de ver. obli.* Sed quòd putant omnes interpretes, Dari actionem arbitrariam ex omnibus caussis strictis, hoc verò falsum est. Datur enim ex sola stipulatione, vt non obscurè docet Vlpianus *in dict. l. 2. §. 1.* cùm ait hanc actionem ex illa stipulatione venire vbi stipulatus sum à te *Ephesi decem dari*. Itémque Caius *in l. 1. eodem*, cùm hanc rationem reddit propter quam inducenda fuit necessariò vtilis actio arbitraria De eo quod certo loco, Quia, inquit, alio loco quàm in quem sibi dari quisq; stipulatus esset non videbatur agendi facultas competere. Nec quòd condictio certi ex mutuo perinde stricta sit, atque condictio certi ex stipulatione aut actio alia quælibet ex stipulatu, facere debet vt perinde fateri necesse sit esse illam arbitrariam. Ratio enim diuersitatis euidens illa est quam pluribus explicauimus *in Error. 4. Decad. 84.* quòd condictio certi ex mutuo nascitur ex sola numeratione, non etiam ex pacto, quod numerationi additum sit de merce illa numerata certo loco reddenda, Adeò vt neque possit extendi condictio certi ex mutuo ad id quod pacto est comprehensum, In quo strictior est, quàm condictio certi ex stipulatione, cùm stipulationi, quæ nihil nisi consensum & verba exigit, possint inesse pacta incontinenti apposita etiam ad producendam, formandam, reformandámque actionem ex stipulatione competentem *vulg. l. lecta 40. De rebus credit.* Ergo sicuti non eò minùs verum est numeratam tibi à me fuisse mercem Romæ, quamuis Capuam ire numquam velis, vbi merx reddi ex pacto debet, Ita fatendum est perinde posse me eam mercem Romæ petere, acsi Romæ solui deberet, neque vlla mihi in eam rem opus esse arbitraria, cùm sufficiat condictio certi ex mutuo directa, In qua non minùs loci ratio habebitur, quàm si arbitraria ageretur, siue pluris ea merx sit Romæ quàm Capuæ, siue minoris. Nam cùm certi condictio quælibet, id est siue ex mutuo sit, siue ex stipulatione, siue ex alia qualibet caussa non detur nisi ad certam pecuniam numeratam *leg. 1. D. de condict. tritic.* ob idque in ea actione semper lis æstimanda sit, vt certa quantitas pecuniæ non res ipsa quæ apud Prætorem petita fuit, in condemnationem deducatur. Apparet manifestè loci quoque rationem haberi commodè posse per iudicem, Scilicet æstimando petitam mercem quanti fuit tempore litis contestatæ, non in eo loco in quo petita est, sed in eo vbi reddi debuit. Sic enim æstimationem ineundam esse prudentes omnes consenserunt, vt constat *ex l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vltim. De condict. tritic. l. idem erit 60. D. de verb. oblig.* Quas leges manifestum est loqui de condictione certi ex mutuo, non de actione arbitraria. Cùm tractet etiam casus illos quibus siue purè siue in diem certum reddi merx debuerit. Quibus tamen casibus, nemo dixerit, si vnum Cuiacium & Cuiacianos excipias, posse actionem esse arbitrariam. Ita verò fit vt neque reus neque actor iure conqueri possit, non haberi rationem loci, si alio loco merx petatur, quàm in quo reddi debuit, cùm maior loci ratio haberi non possit, quàm si eius loci æstimatio sumatur. Dices, Imò verò posse & rei & interdum ipsius quoque actoris interesse eam mercis æstimationem quæ Capuæ est, Capuæ soluere aut accipere potiùs quàm Romæ, si fortè reus paratam habuit pecuniam Capuæ quam Romæ non habuit, vt *in l. quod si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.* Aut si actor Capuæ pecuniam debuerit sub pœna, aut sub pignoribus quæ subinde distracta sint vt *in l. 2. §. vlt. eod.* Non posse igitur plenissimè siue actori siue reo satisfieri vt vtrique vtilitas loci conseruetur per condictionem certi ex mutuo,
nec

nec aliter quàm per arbitrariam actionem. Respondeo, sanè ita esse, vt in certi condictione qualis qualis illa sit, hoc est, siue ex mutuo, siue ex stipulatione, nulla possit haberi ratio vtilitatis, id est eius quod interest, siue actoris siue rei ob loci adiectionem, extra rei debitæ æstimationem, quam dixi iam ex comparatione illius loci in quo dari debuit, esse ineundam. Sed nego mirum hoc aut absurdum videri debere, cùm ea condictio semper sit stricti iuris, numquam bonæ fidei, numquam arbitraria. In actionibus autem strictis omnibus generale ac perpetuum sit, vt eius quod interest ratio nulla habeatur, si excipias stipulationes prætorias quæ & ex Prætoris mente interpretationem accipiunt, & plerunque *quanti res est*, id est eius quod interest promissionem habent *l. vltim. De prætor. stipulat. l. quoties quis alium* 81. *De verb. oblig.* Sed neque excipi huiusmodi stipulationes debuerunt. Tractamus enim de eo quod interest, non quòd sit in obligatione vt in stipulationibus prætoriis, sed quòd sit in obligationis accessione, quale illud est quod in actionibus bonæ fidei & ex testamento deberi præstarique solet ex mora. Nullæ enim accessiones debentur ex iudicio stricti iuris, præterquàm fructus, quos placuit officio iudicis venire in condemnationem post litem contestatam si ea res petatur, quæ fuerit aliquando actoris quia sunt accessiones naturales non ciuiles *l. indebiti* 15. *De condict. indeb. l. videamus* 38. *§. si actionem D. de vsur.* Sibi ergo imputet actor qui mercem crediturus Romæ reddendam sibi Capuæ maluit habere debitorem obligatum ex mutuo quàm ex stipulatione. Nam si cogitabat de consequendo eo quod sua interesset si Capuæ non solueretur, debebat non solùm mutuam Romæ mercem dare, sed etiam stipulari reddendam sibi eam Capuæ, vt faceret debitam ex stipulatione, potiùs quàm ex mutuo vt *in l. cùm enim* 6. iunct. *§. 1. l. præced. D. de nouat.* atque ita induceret necessitatem actionis arbitrariæ, per quam haud dubiè potuisset consequi quanti sua interfuisset. Id verò cùm non fecerit, boni consulere debet, quòd adiecti tamen loci ratio habeatur in æstimanda merce alibi petita, licèt nihil præterea in vicem eius quod sua interest consequatur. Ex parte verò debitoris si aliquam ipse quoque loci vtilitatem velit obtendere, causatus fortasse non fuisse se ab eo creditore mutuam accepturum mercem si non conuenisset de ea Capuæ potiùs quàm Romæ reddenda. Est etiam quod ei respondere possimus, satis magnam eum ex loci adiectione vtilitatem cepisse in eo quòd æstimata sit merx, non quanti fuit Romæ vbi petita est, sed quanti fuit Capuæ: Quòd si quid aliud prætereà sua interesse putaret, Capuæ potiùs quàm Romæ soluere, imputare sibi eum debere cur iudicio stricto se obligasset potiùs quàm arbitrario, id est cur non curasset vt per stipulationem potiùs quàm ex sola numeratione obligaretur, vt haberet actor necessariò agendum arbitraria, quæ loci rationem maximè pro rei vtilitate habendam esse suasisset. Cur enim conqueratur & indignetur non præstari ei quòd ipsius interest ex actione stricta, ex qua nec actori ob eandem rationem præstaretur?

ERROR SEXTVS.

Quæ potissima fuerit ratio inducendæ actionis arbitrariæ De eo quod certo loco. Et ad l. heres absens 19. *§. vlt. D. de iudic.*

ET verò non illa potissimùm ratione comparata est actio arbitraria De eo quod certo loco, vt vel actoris vel rei indemnitati plenissimè consuleretur, sed ne actor actionis suæ iacturam incurreret, si nullo ei loco alio quàm in quem collata solutio esset, agere permitteretur. Quod cùm non nisi ex æquitate inductum sit, fateor eâdem quoque æquitatis ratione debuisse prospici indemnitati vtriusque contrahentium ac potissimùm debitoris, cui grauior sit iniuria si inuito ei nulla ipsius mora culpáque præcedente loci vtilitas auferatur, quam actor sibi præripit volens & lubens. Quis enim cogit eum alio loco experiri? Nisi quòd ipsi quoque parcendum & succurrendum est, nolenti actionem suam differre in id vsque tempus quo velit debitor venire in locũ solutioni destinatum, quod fortasse numquam facturus sit. Sed his omnib. æquitatis rationibus tunc locus esse potest & debet cùm agitur arbitraria, At non etiam vt inducere debeant necessitatem æquitatémque actionis arbitrariæ ob id solùm quòd alio loco res petatur, quàm in quo solui debuit, si nulla sit alia ratio ex parte actoris quæ inducat ex necessitate vtilem arbitrariam, id est si qua competat actori ad suum consequendum actio directa: quomodo sanè competit certi condictio ex mutuo ad mercem Romę petendam, quæ Capuę solui debuerat. Húcque pertinere videtur, quod Vlpianus noster scribit in *le. heres absens 19. §. vlt. D. de iudic.* Eum qui ita fuit obligatus vt in Italia solueret, si in prouincia domicilium habuit vtrobique conueniri posse & hîc & ibi, idque & Iuliano & multis aliis videri. Quid enim hoc aliud est, quàm dicere, Nullam hoc casu necessitatem subesse, aut vtilitatem inducendæ actionis arbitrariæ. Quippe cui numquam locus est, nisi cùm periculum est, ne actionem suam amittat actor si alio quàm destinato loco agere prohibeatur. Atqui tale periculum nullum est, quoties in loco domicilij conueniri debitor potest, in quo scilicet fieri nequit vt non inueniatur, cùm domicilij locus non alius sit, quàm in quo lares quisque fouet, ac fortunarum rerúmque suarum omnium summam constituit, vnde rursus non sit discessurus si nihil auocet, vnde cùm profectus est peregrinari videatur, & quò si redierit, peregrinari iam destiterit, vt loquuntur Imperatores *in l. ciues 7. C. de incol. & vbi quis domicil. hab. vid. lib. 10. tit. 39.* Quòd si etiam in loco domicilij debitor latitet, vt plerumque fit, expedita nihilominùs creditori via est ad suum consequendum, petita ex Prætoris edicto missione in possessionem & venditione bonorum debitoris, si latitare perseueret, nec à quoquam defendatur: quæ ordinaria sunt iuris prætorij remedia aduersus latitantes, qui se in ius vocari non patiuntur, ne qua possit sequi litis contestatio, nec proinde vlla post contestationem formulæ & actionis impetratio *tot. titul. D. quib. ex cauf. in poss. eat. & De reb. author. indic. possid. seu venund.* Quoties ergo legimus eum qui sic obligatus fuit vt certo loco & alio quàm domicilij solueret, etiam in domicilio conueniri posse, vt *in dicta lege heres absens §. vltim.* Toties fatendum est cessare arbitrariam actionem, nec nisi directæ locum esse. Atqui non potest ea Vlpiani sententia locum habere, si is qui domicilium habuit in prouincia promiserit stipulanti soluere in Italia. Tunc enim constat inter prudentes necessariam esse arbitrariam De eo quod certo loco: Quæ si hoc casu non esset necessaria, nec alio esset prorsus vllo. Neque verò aliam Iuliani sententiam fuisse putandum est, cuius authoritate Vlpianus nititur, cùm edicti perpetui

petui compoſitor fuerit Iulianus, qui inter cæteras edicti partes hanc quoque non omiſit, quæ actionem illam arbitrariam proponit De eo quod certo loco, & de qua tam multa idem Vlpianus ex ipſo etiam Iuliano *in l.2. & paſſ.ill.tit.* Multò minùs dici poteſt intelligendam eſſe Vlpiani ſententiam de eo qui ex bonæ fidei contractu obligatus in prouincia fuit vt in Italia ſolueret. Is enim non tantùm vtrobique conueniri poteſt, ſed etiam vbique, id eſt quocunque loco inueniatur, Ex natura iudiciorum omnium bonæ fidei haud aliter quàm ſi arbitraria actione conueniretur. Sic namque accipio quod Paulus ſcribit *in dicta lege in bonæ fidei,* Alioqui fatendum eſſet commodiorem fore actionem arbitrariam De eo quod certo loco quàm actionem bonæ fidei, ſi ex hac non niſi vtróbique, id eſt vel in loco domicilij vel in eo qui ſolutioni deſtinatus eſt ſolui poſſet, in arbitraria verò vbique poſſet. Quod tamen abſurdum eſſet. Cùm tantum poſſit arbitrium iudicis & æquitas actionis in iudicio bonæ fidei quantum in ſtipulatione nominatim eius rei facta interrogatio *d.l.quia tantundem 7. D.negot.geſt.l.vltim. D.rem pupill.ſalu.for.* Relinquitur ergo vt ſupradicta Vlpiani ſententia ad eum reſtringi debeat qui fuerit obligatus ex contractu ſtricti iuris, alio tamen quàm ſtipulatione. Nam interpoſita ſtipulatione De ſoluendo in loco certo, fruſtra eſſet quærere an vtrobique poſſet conueniri qui poſſet vbique per arbitrariam. Conſequens igitur eſt vt putauerit Vlpianus, Ex pacto adiecto in quolibet contractu mutui vt ſoluatur certo loco, non fieri actionem arbitrariam. Niſi fortè putamus, Etiam ex actione arbitraria non niſi vtrobique conueniri debitorem poſſe, id eſt vel in loco ſolutioni deſtinato vel in loco domicilij. Quæ fuit Accurſij ſententia ab antiquis omnibus excepto Bartolo adprobata *in d.l.1.de eo quod cert.loc.* Falſa tamen & ob id iamiam à nobis explodenda.

ERROR SEPTIMVS.

De actione arbitraria, an vtrobique, an vbique exercenda. Et ad l.ſi quis legationis 8. D.de iudic.l.5.§.1. De conſtit.pecun.

FECIT ille Vlpiani locus de quo proximè diximus *in l.heres abſens 19. §. vltim. D. de iudic.* non ſolùm vt dubitauerint interpretes, An qui certo loco ſoluere etiam per ſtipulationem promiſit poſſit vbique locorum conueniri, An verò vtrobique tantùm, id eſt vel in loco domicilij, vel in eo qui ſolutioni deſtinatus fuit, ſed etiam quod mirabilius eſt, vt frequentiore calculo crediderint, Quod tam multis locis ſcriptum eſt poſſe quocunque loco conueniri eum qui certo loco dare promiſit, Ita eſſe accipiendum & reſtringendum, vt tamen idoneum locum eſſe oporteat *arg. l.vt gradatim 11. §.et ſi lege. De mune.& hon.* Idoneum autem locum non alium eſſe volunt, quàm eum qui ſit domicilij, vel in quem deſtinata & collata ſolutio fuit, *ex dicta leg. heres abſens §. vltim.* quem textum non aliter cum aliis conciliari

Digitized by Google

posse crediderunt: Id enim est quod Accursius docet *ad l.1. De eo quod cert. loc.* cuius sententiam à cæteris glossatoribus magis communiter receptam fuisse testatur Bartolus ibid. licèt contrariam Nicolai cuiusdam opinionem secutus, magis esse putet vt permittẽdum sit agenti arbitraria vbique locorum petere. Mouetur *ex l. eum qui 43. De iudic.* vbi Papinianus scribit, Eum qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito posse quocunque loco agere in id quod interest. Item *ex l. qui loco 27. De condict. indeb.* vbi ait Paulus, si quis certo loco debere se existimans indebitum eo loco soluerit, posse illum quolibet loco repetere, Non enim, inquit, existimationem soluentis eadem species repetitionis sequitur. Postremò *ex l. si duo 16 §. 1. De constit. pecun.* vbi scriptum est eum qui se certo loco soluturum se constituit, exemplo arbitrariæ actionis conueniri vbique posse. Et certè hic vnus locus omnium apertissimus est quo probari possit eum qui agit arbitraria, vbique agendi ius habere. Neque video quid hîc cauillari aut Accursius, aut pro Accursio quisquam possit. Nam *vbique* accipere pro *vtrobique* perinde ridiculum est ac si *semper* pro *bis* dictum quis vellet. Nec quòd verba generalia recipere solent interpretationem ab habilitate & idoneitate subiecti vt vulgo iactatur *ex d. §. etsi lege, ad rem facit*. Omnis enim locus habilis & idoneus est ad conueniendum eum qui nullo certo loco dare promisit, dummodo ibi inueniatur vbi conuenitur. Nam & hoc necessariò supponendum est, quoties legimus aliquem alicubi conueniri, esse illum inuentũ in eo loco in quo conueniatur. Alioqui non de conueniendo, & in ius vocando eo tractandum est, sed de bonis ipsius distrahẽdis, quoties latitat, nec à quoquam defenditur *l. 2. & 3. De reb. author. iudic. possid.* vbi dicitur venire bona ibi oportere vbi quisque defendi debet, id est vbi domicilium habet, aut vbi contraxerit. Ita tamen vt contraxisse vtique intelligatur, non in eo loco in quo negotium est, sed in quo soluenda est pecunia. In quo differentia illa elucet an persona quæ debet, an bona ipsius conueniantur, quòd cum persona quæ nullo certo loco dare debuit, quocunque loco inueniatur, conueniri in eo possit, bona tamen non vbi inueniuntur distrahi possunt, sed vbi defendi debeat is ad quem bona pertinent, Quia scilicet ius & condicionem personæ sequuntur, licèt non ex alterius authoritate distractio bonorum fieri possit, quàm eius ad quem loci cura & iurisdictio pertinet *l. cum vnus 12. §. penul. eod. tit.* Nam quemadmodum quòd dicimus, eum qui purè aliquid debet nullo adiecto loco, posse inuito creditori vbique soluere *l. pen. D. de eo quod cert. loc. l. qui Romæ 122. in prin. l. cõtinuus 137. §. cùm ita De ver. obl.* sic debet accipi, si modò in eo loco in quo soluere paratus est, inueniat creditorem aut alium qui solutionis pro creditore accipiendæ ius habeat, vt in specie *l. 2. §. idem Iulianus De eo quod cert. loc.* [quomodo enim solueret ei quem non inueniret?] Ita & quod *in d. l. si duo §. 1.* Vlpianus ait ex arbitraria actione vbique agi posse, sic haud dubiè accipiendum est, si is qui conueniendus est in eo loco reperiatur, Vt eadem hac parte sit ratio actionis, & solutionis. Nec enim putandum est eum qui arbitraria conuenitur sicut conueniri vbique repertus potest, ita & absentem quoque cogendum vbique se defendere. Quid enim posset iniquius dici? In ea præsertim actione quàm æquitas sola induxerit? Et verò qua fronte possit recusare debitor quominus in quolibet loco, vbi repertus est, conueniatur, de ea re quã vbiq; debet, nec vllo certo loco? Aut quis vnquam ex prudentibus nostris scripsit alium non esse locum idoneum, quàm domicilij vel contractus? Fateor non debere aliis locis defendi debitorem ne bona ipsius distrahantur, nec rursus aliis locis posse

posse fieri bonorum eius venditionem. Neque addo exceptionem, Nisi alio loco soluturũ se promiserit, quia nec alio loco contraxisse quis intelligitur, quàm in quo vt solueret se obligauit *d.l.3. de reb. author. iud. poss. l. contraxisse 21. De oblig. & act.* Sed dico non posse debitorem recusare, si nullo certo loco se soluturum promiserit, quominus vbicunque reperietur, & iudicium accipere & cõsequenter soluere cogatur. Soli ij excipiuntur qui priuilegium habent reuocandi domum, nec alibi etiamsi inueniantur, iudicium accipere compelluntur, puta Legatus qui Romæ est legationis causa. Hic enim quandiu legatione fungitur conueniri Romæ non potest, non solùm de eo quod promisit dum esset adhuc in prouincia, sed neque de eo quod promisit Romæ pro debito in prouincia contracto *l. si quis legationis 8. l. non alias 24. §. sed si postulatur cùm 4. legib. seq. D. de iudic.* Ex quibus locis vt hoc obiter addamus, mirum videri posset quod quasi ex Iulianuo scriptum ab Vlpiano legimus *in l. eum qui 5. §. 1. De constit. pecun.* Legatum Romæ constituentẽ quod in prouincia acceperat conueniri Romæ debere. Repugnare enim videtur iuris ratio sumpta ex priuilegio legationis, Sed & ipsius Iuliani authoritas qui præter cæteros omnes Iureconsultos, etiam contra Cassium, cuius alioqui scholam sequebatur indistinctè semper credidit denegandam Romę actionem contra legatum, ne ab officio legationis suspecto auocaretur, vt Paulus refert *in d. §. sed si postulatur.* Denique quod apud eundẽ Vlpianũ sequitur *in d. l. 5. §. 1. Sed etsi cùm non Romæ esset legatus, sed adhuc in prouincia constituerit se Romæ soluturum denegari in eum actionem De constituta.* Innuit enim hæc clausula sicut prioris sententiam ampliat, ita & in priore specie Iulianum eandem actionem aduersus Legatum denegasse. Ideóque in præcedentibus putant quidam legendum esse addita negatione, *putat conueniri* non *debere* hoc sensu, vt abstinendum sit ab eo conueniendo, Alioqui scribendũ fuisse *cõueniri posse* nõ *debere*, quo verbo iuris necessitas quædã, potiùs quàm facultas significatur. Sed tamẽ probabilius est sic accipiẽdos, & cõciliãdos locos istos, vt Iulianus & Vlpianus *in d. l. 5. §. 1. de constit. pecun.* de eo legato sentiant qui non tantùm constituerit Romę, quod in prouincia acceperat, sed etiam cõstituerit se soluturum idipsum Romæ, Caius verò *in d. l. si quis legationis*, de eo qui Romæ quidem constituerat se soluturum, sed simpliciter non addito loco Romæ, vt nos in Rationalibus nostris pluribus tractauimus ad illum locũ. Nullum enim priuilegium habet legatus, si conueniatur Romæ ex contractu quem inierit in ipsa legatione *l. 2. §. omnes autem l. cùm furiosus 39. §. 1. eod. tit. De iudic.* Extra hanc causam habet priuilegium, vt quamuis inueniatur Romæ, non tamen possit ibi conueniri.

ERROR OCTAVVS.

De sententia l. heres absens 19. in princ. & l. eum qui insulam 43. D. de iudic.

SICQVE accipio quod idem Vlpianus ait *in d. l. heres absens in princip. eod.* heredem absentem ibi defendendum esse vbi defunctus domicilium habuit, si ibi inueniatur, nullóque suo priuilegio excusetur, Vt intelligamus potiorem fore hoc casu priuilegij, quàm iuris communis rationem, Non quomodo Bartolus intelligit, qui putat heredem vsque adeò sequi forum defuncti,

vt nec vllum proprium priuilegium allegare possit. Quod certè falsum est. Nam etsi legatus adierit hereditatem alienam Romæ ipso etiam legationis tẽpore, constat tamen neq; à creditorib. neq; à legatariis cõueniri eũ posse quãdiu durat legatio *l. de eo 26. l. sed etsi 28. eod.* Neq; de hoc aut Bartolus ipse, aut quisquam alius vnquam dubitasset si legisset *excusetur* pro *excusatur*. Quamquam ne hanc quidem literulam mutare necesse est, si modò articulum *si* qui præcedit, repetas vt duplex condicio requiratur ad conueniendum heredem in eo loco in quo defunctus domicilium habuit. Prima est, si heres ibi inueniatur, Altera si nullo proprio suo priuilegio excusatur. Extra hunc casum quo quis habeat priuilegiũ reuocãdi domũ, Dico posse conueniri quocũq; loco inueniatur, eum qui purè, id est nullo certo loco soluere se obligauit, Licet absens nõ debeat defendi in quocunque loco vbi inueniantur bona ipsius, sed tantùm in loco domicilij vel contractus *d. l. 1. 2. & 3. De reb. auth. iud. pos.* vel in domicilio defuncti si tanquam heres vrgeatur. *d. l. heres absens in princip. & l. si is qui Romæ 34. eod. tit. De iudic.* Quare ad rem non pertinet quod in contrarium obiicit Paulus Castrensis, & cæteri qui Accursij errorem sequuntur, Absurdum esse vt plurib. locis conueniatur is qui certo loco, quàm qui nullo dare promisit. Etsi enim hoc verum est, non æquè tamen illud quod iidem assumunt, Non posse vbique cõueniri eum qui nullo adiecto loco se obligauit, sed tantùm vtrobique, id est vel in loco destinato, vel in loco domicilij: Nam imò verò potest conueniri quocunque loco vbi inueniatur, licèt non debeat quocunque loco se defendere. Sunt enim ista differentia, & facilius est vt quis conueniri aliquo loco possit, quàm vt in eo defendi debeat. Excepto casu illo *d. l. heres absens in princip.* id est cùm tractatur de herede qui licèt absit, defendendus tamen ibi est, vbi defunctus domicilium habuit, quamuis non aliter conueniri possit in eo loco, quàm si in eo reperiatur. Quomodo enim conuenire illum possis quem non inuenias? Verum igitur est quod contendimus omnem locum esse idoneum in quo inuenitur is qui nullo certo loco soluere obligatus est. Neque facessit negotium quod Vlpianus scribit *in d. l. heres absens*, vbi disertè loquitur de illo qui sic obligatus fuit in prouincia vt in Italia solueret, quem sanè certum est vtrobique tantùm conueniri debere, id est vel in prouincia vbi domicilium habet, vel in Italia, vbi ex conuentione soluere debuit, non etiam alibi tametsi alio loco inueniatur. Nempe quia certo loco soluere se obligauit, hoc est in Italia. At eum qui nullo certo loco debeat quocunque loco posse conueniri apertè scriptum est *in d. l. eum qui 43. D. de iudic.* & in *l. qui loco certo 27. D. de condict. ind. b.* Quibus tamen legibus euidenter abutitur Bartolus vt probet, quod maximè est in controuersia, Ex arbitraria actione quocunque loco agi posse. Non. n. de actione arbitraria iis locis agitur, sed de pura & directa, cuius nihil prohiberet aliam esse rationem quàm arbitrariæ. Et quidem quod attinet ad *d. l. qui loco certo*, res clara est: Loquitur enim ibi Paulus de condictione indebiti, quę semper actio stricta est, numquam arbitraria, quia nec propriè descendit ex conuentione, licèt aliqua ex parte propè accedat ad condictionem certi ex mutuo, *l. si quis absentis 5. §. is quoque D. de obligat. & action.* Et rationem elegantem Paulus adfert, quòd existimationem soluentis eadem species repetitionis non sequatur. Sensus est, Non quemadmodum is qui indebitum soluit, putabat se illud debere certo loco, in eo scilicet in quo soluit, Ita & indebiti restitutionem eodem loco debitam videri posse, Nam quod nullo

Digitized by Google

nullo loco debitum fuit, si solutum sit quasi certo loco debitum, id omni loco repeti posse necesse est, Haud aliter quàm si is qui indebitum soluit, omni loco id se debere existimasset. Directa igitur condictio indebiti in eam rem competit, quæ vbique locorum exerceri poterit, vt cæteræ omnes dummodo ibi inueniatur debitor, vbi conuenietur, non arbitraria. Quod autem pertinet ad Papiniani sententiam, quæ extat *in leg. eum qui insulam 43. De iudicat.* Est sanè quòd faciliùs ignoscamus Bartolo qui eam legem de arbitraria actione intellexit. Tractat enim ibi Papinianus de eo qui insulam Capuæ fieri, atque ita certo loco & certo tempore promiserat, aítque finito tempore posse stipulatorem quocumque loco agere in id quod sua interest. Et hoc sanè est quod Bartolum fefellit, omnésque interpretes, quòd vident promissam fuisse fabricam insulæ certo loco, [nec enim aliter valeret stipulatio *Insulam fieri*, si certus locus adiectus non esset, *leg. 2. §. si quis insulam De eo quod certo loco.*] Nec animaduertunt, Non idcirco posse induci arbitrariam, nec si in mora fuerit promissor fabricandæ insulæ, tantúmque tempus præterierit, quanto fabricari insula potuit: Nimirum quia post tempus illud præteritum neque conueniri potest vt ædificet insulam alio loco [esset enim illa alia insula, quàm quæ Capuæ fieri debuisset, Vnde est quod etiamsi debito tempore alibi fecisset insulam promissor, in nihilum liberaretur *dicta leg. 2. §. idem Iulianus eodem titul.*] neque rursus dici potest promissorem obligatum esse ad præstandum id quod interesset actoris, in eo ipso loco, in quo insulam fieri promisisset, Quia licèt quisquis promittit insulam fieri certo loco, se hoc ipso etiam obliget ad omne id quod intererit stipulatoris si insula facta non sit, adeò vt nec purgare moram possit, nisi ad tempus litis contestatæ *l. si insulam 84. de verborum obligat.* Non tamen consequens est, vt id quod stipulatoris intererit, eodem loco promisisse videatur: quandoquidem non sicut faciendæ insulæ, ita & præstandi eius, quòd interest obligatio certi loci adiectionem requirit. Nec quemadmodum alia esset insula quæ Ephesi ædificaretur, quàm quæ Capuæ ædificari debuisset, Ita & alia videri posset summa Ephesi soluta, quàm si debitor eam Capuæ soluisset *dict. §. idem Iulianus*, vbi eleganter Vlpianus ob hanc causam ait summæ solutionem multum distare à fabrica insulæ, & ideò si summa quæ Capuæ solui debuit, soluta sit Ephesi, non ipsi quidem creditori, quo casu contingeret haud dubiè liberatio, sed alteri puta adiecto solutionis causa, non ex voluntate tamen stipulatoris, quippe qui fuerat stipulatus sibi aut Titio Capuæ dari, solum id petendum esse, quod interfuit actoris Capuæ solui, non etiam quantitatem solutam Ephesi, cuius obligatio per solutionem Titio factam sublata est. Quod ergo Papinianus ait *in dicta lege eum qui*, posse stipulatorem quocunque loco petere id quod sua intersit ob non fabricatam Capuæ insulam, non illam rationem habet, quòd arbitraria De eo quod certo loco in eam rem competat, sed quia De eo quod interest, pura hoc casu & directa competat actio, quæ ex ratione iuris quocunque loco exerceri potest, ita vt nulla sit opus arbitraria.

Digitized by Google

ERROR NONVS.

De nostrorum interpretationibus ad l. heres absens 19. §. vlt. D. de iudic. l. 1. & vlt. C. de sent. quæ sin. cert. quant. prof. r.

QVID ergo respondebimus ad Vlp. *in d. l. heres absens §. vlt.* Is enim locus vnus est qui Accursium eiúsque sectatores omnes decipit, quoniam non vbique sed vtrobique conueniendum esse ait eum qui sic in prouincia obligatus fuerat, vt in Italia solueret. Respondet Bartolus intelligendum esse textum de eo qui velit agere præcisè ad hoc, vt solutio fiat in loco destinato, non etiam in eo loco in quo agitur. Priore casu non putat necessariam esse arbitrariam, quæ posteriore haud dubiè necessaria est: Itaque fatetur priore casu non nisi vtrobique conueniri posse promissorem, id est vel in loco domicilij, vel in eo qui solutioni dictus est, qui tamen vbique conueniri posset, si in loco iudicij & petitionis, solutionem consequi actor vellet. Verùm probabilis responsio non est: Nam præter id quod parum conuenit verbis Vlpiani, quibus nihil exprimit de mente actoris vtro loco consequi solutionem vellet, Non puto verum esse quod sentit Bartolus, Eum qui Capuæ centum dare promisit posse directa actione conueniri Romæ vt soluat Capuæ. Id enim si ita esset, non video quænam potuisset subesse necessitas inducendæ actionis arbitrariæ. Non illa certè, quam adfert Caius *in l. 1. De eo quod cert. loco.* quòd alibi quàm vbi dare quis promisisset actio in eum dari posse non videbatur. An nõ enim satis supérque consultum erat creditori quòd posset actione directa experiri & conuenire debitorem in loco domicilij: In quo si non defenderetur, posset mitti in possessionem bonorum debitoris, eorúmque venditionem impetrare. Quid enim aliud egit Prætor cùm arbitrariam proposuit, nisi vt rationem inueniret, per quam creditori consuleret, non aliter suum consecuturo? Quænam verò melior ratio excogitari potuit prospiciendi creditorib. quã per vẽditionẽ bonorũ debitoris? Proinde nõ potest dici quid intersit an stipulator qui agit alio loco quàm in quẽ destinata solutio est, velit ad hoc agere, vt in eo ipso loco in quo agit, solutionem consequatur, An verò ad hoc vt in destinato loco fiat solutio: Cùm nulla æquitas sit quæ suadeat succurri creditori ad consequendam solutionem alibi, quàm vbi destinata fuit, si modò arte aliqua fieri possit, vt in eo ipso loco destinato soluatur. Cùm igitur arbitraria actio ex mera necessitate & æquitate in id comparata sit, vt quod certo loco debebatur, etiam alio loco peti possit. Apparet iuris rationem pati non potuisse, vt directa actio in domicilij loco exerceri posset, ad hoc vt in alio loco qui solutioni destinatus esset, solueretur. Debuit meo iudicio Bartolus distinguere stipulationem à cæteris contractibus, etiam qui sunt stricti iuris, Et in ipsa quoque stipulatione distinguere, quibus verbis concepta proponatur. Sola stipulatio proculdubio illa est, quæ admittit necessitatem & vtilitatem arbitrariæ actionis, vt iam diximus in præcedentibus, ob hanc ipsam rationem quam attulimus, quòd fieri nequeat, vt qui certo loco dari per stipulationem promisit alio loco vllo conueniatur, ne quidem in loco sui domicilij, adeóque nec ad hoc vt solutio fiat loco destinato. Nempe quia stipulatio tota ex verbis æstimatur, nec vllam nisi verborum obligationem parere potest, cùm nihil aliud ipsa sit, quàm verborum obligatio. Inde namque fit vt qui promisit

centum

Digitized by Google

centum Capuæ dari non alibi ea debeat quàm Capuæ, non solùm si ad soluendi facultatem respicias, sed etsi ad ius ipsum obligationis. Vnica enim verborū conceptio est, quę obligationis substantiæ adeò locum inserit, vt neque obligationis substantia sine loci adiectione concipi, neque loci adiectio sine obligationis substantia vel intellectu percipi possit. Itaque non magis fieri potest, vt qui Capuæ dare promisit, obligatus sit dare Ephesi, aut possit Ephesi conueniri vt soluat Capuæ, quàm vt ex stipulatione si nulla interposita esset, aut hîc aut ibi conueniretur, Obligationis, quæ ex mutuo nascitur, alia ratio est. Cùm enim nascatur ex numeratione, non ex pacto, siue ante, siue post numerationem conuenerit, vt merx credita certo loco reddatur, fatendum est obligatum esse illum qui mercem accepit, vt eam quocunque loco debeat reddere: Nec quod conuenit, vt certo loco reddatur, ad causam obligationis pertinet, sed tantùm ad causam solutionis, quę ab obligatione distingui hac parte non minùs debet, quā numeratio ex qua mutuum æstimatur, à pacto quod numerationi subiectum est. Quare si me interroges vbi debeat is, qui mercem mutuam accepit in prouincia, soluendam in Italia, Respondebo vbique debere, & ideò conueniri posse quocunque loco inueniatur, non minùs quàm is qui nullo adiecto loco purè se obligauit. Sed si quæras vbi soluere illum oporteat, respondebo in Italia, Obligatio enim ex contractus substantia, id est ex numeratione nascitur, soluendi autem in Italia necessitas ex pacto. Est igitur conueniens vt in hac specie debitor conueniri possit vtrobique, id est siue in prouincia vbi domicilium habuit, siue in Italia vbi soluere debuit, licet neutribi inueniatur, nempe quia vtroque illo loco defendi debet. Alibi autem conueniri nusquam possit, si non ibi inueniatur, neq; directa actione, quia sic obligatus fuit vt certo loco, & in Italia solueret, neque arbitraria de eo quod certo loco, quia sufficere creditori debet, quòd actione directa, id est condictione certi ex mutuo possit suum consequi, & conuenire inuitū debitorem aut in loco domicilij, aut in Italia, qui duo loci sūt, in quib cōueniri potest licèt ibi non inueniatur, quia & in iisdē debet, ni bonorū suorū venditionē pati velit, fortè si perpetuò abesse malit & latitare. Cęterùm eo casu quo in domicilij sui loco, siue præsens siue absens conueniatur, Nego posse illum aut debere ad hoc conueniri vt soluat in Italia, sed omnimodo condemnandum esse dico, vt soluat in prouincia, verùm habita tamen ratione loci, vt æstimetur merx non quanti sit eo loco in quo petita est, sed quanti eo loco in quo dari debuit *l. vinum 22. D. de reb. cred. l. ult. De condict. tritic.* Neque enim pactum de soluendo in Italia adiectum contractui stricto mutui, potuit formare actionem stricti iuris ex illo contractu stricto descendentem. Est enim hoc ius proprium contractuum & iudiciorum bonæ fidei *l. iurisgentium 7. §. quinimò D. de pact.* ad differentiam scilicet iudiciorum stricti iuris. Nisi malis cum Paulo contra Vlpianum sentire idem iuris esse in stipulatione, vt pacta incontinenti post stipulationem facta ei insint, forméntque & reforment actionem ex stipulatu *l. lecta 40. vers. dicebam D. de reb. credit.* Adeò vt si post mutuā tibi datam mercem aut pecuniam incontinenti conuenerit vt aliquid facias, puta vt pro me Romam eas, danda mihi quidem sit actio ex pacto sine quo non eram crediturus. At non stricta actio condictionis certi ex mutuo, quę cùm stricta sit, non potest extendi ad id quod pacto comprehensum est, sed præscriptis verbis *l. legē 10. C. de pac. cōuen. l. ul. C. de rer. perm. l. si dominus 8. iūct. l. praeced. & seq. De praescript. verb. l. frumenti 17. C. de usur.* Et certè frustra reus conuentus in prouincia condemnaretur ad soluendum in Italia. Quis enim exitus futurus est

set iudicij & condemnationis, si condemnatus nunquam venire in Italiam vellet? An fortè ob id magis cogeret eum Prætor venire quòd iam esset condemnatus? Atqui citra vim & impressionem id fieri non posset. Ergo non solùm melius, sed etiam prorsus necessarium est, vt vbi quis iure conuenitur ad soluendum, ibi non tantùm cōdemnetur, sed etiam soluere compellatur. Quid ergo si quis stipulatus sit decem purè nullo adiecto loco, deinde conuenerit incontinēti vt Capuæ soluerētur? Non malè hoc casu stipulatio comparabitur contractui mutui, vt promissor possit actione directa conueniri, non tantùm Capuæ sed etiam in loco domicilij, vt *in d.l.heres absens §.vlt.* quoniam sic concepta stipulatio est, vt vbique cœperit debere, qui nullo adiecto loco se obligauit. Quod verò promisit soluere Capuæ factum est per pactum incontinenti appositū, quod licèt stipulationi credatur inesse, quantum ad hoc vt loci ratio habenda sit, non tamen eam vim habere potest, vt perinde inducat arbitrariam, atque si Capuæ dari promissū esset, quia sēper verū est dicere, simpliciter dari promissū fuisse, & consequenter ex ea stipulatione directam actionem natam esse ex qua potuerit agi, non quidem vbique propter subiectum pactum quo conuenit vt Capuæ soluatur, sed vtrobique, id est vel in loco domicilij, vel in loco solutioni destinato. Interest igitur cùm de stipulatione tractamus an promiserit quis dare cētum Capuæ, an verò simpliciter, subiecto tamen pacto vt Capuæ soluatur. Priore casu locus ab initio inest obligationi, atque ita impedit ne alibi quàm Capuę conueniri reus possit, nisi per arbitrariam, Posteriore autem casu obligatio pura est, locus autem subinde pacto adiectus ad solutionem non ad obligationem. Obseruandum autem est Vlpianum *in d.l.heres absens §.vltim.* non loqui de eo qui centum in Italia dari promiserit, sed de eo qui sic obligatus fuit vt in Italia solueret, quibus verbis apertè distinguit ille obligationem à solutione, locùmque solutioni dictum esse indicat, non obligationi, vt & *in l.si vt proponitur* 61. *D.de fideiuss.l.quaero* 100. *D.de solut.* Quæ res excludit arbitrariam, cui scilicet nō aliter sit locus, quàm si non tam solutio quàm obligatio ipsa in locum certum conferatur. Quantum verò intersit, an obligationis, an solutionis causa quid adiiciatur nemo nescit, & constat *ex d.l.2.§.idem Iulianus De eo quod cer.loc.l.eum qui* 56.*§.qui sibi l.si duo rei* 128. *De verb.oblig.l.Stichum aut Pamphilum* 95.*§.quaesitum de solut.* Nam & in legatis multum refert an adiiciatur dies obligationi, an solutioni, vt constat *ex l.pen.C.quand.dies leg.ced.*

ERROR DECIMVS.

De sententia l.vlt.C.de senten.quae sin.cert.quant.profer. Et de tribus casibus distinguendis cùm quaeritur, vbi solutio fieri debeat.

MIROR verò quod addit Bartolus pro distinctionis suæ confirmatione, Probari optimè *ex l.vlt.C.de sentent.quae sin cert.quant. prof.* sic posse formari libellum, vt in vno loco conueniatur reus ad soluendum alio loco. Cùm in ea lege verbum nullū sit, quod ad hanc speciem accommodari possit. Tractat enim Gordianus Imperator eo loco de sentētia quæ à iudice dato sic prolata fuerat contra maritum à quo dos per mulierem soluto matrimonio repetebatur. *Quae bona fide accepisti solue.* [Sic enim & veteres legerunt, vt apud Bart. videre est,

Digitized by Google

est,& legi debet] & ait, sententiā huiusmodi nō niti authoritate rei iudicatæ, tāquam incertam & sine certa quantitate prolatam, quod incertū esset quid maritus accepisset, quantúmq; ab eo peteretur. Mox addit *Præsertim cùm ipse qui extra ordinem iudicabat interlocutus sit dotem datam quæ repeteretur, non liquidam esse.* Intelligit meo iudicio de Prætore vel de Præside prouinciæ, qui aditus à litigatorib. ex more, vt lite apud eum cōtestata vel ipse pronūciaret extra ordinē, quod facere poterat & debebat si is nullā habere videbatur implicitā facti quęstionē, vel iudicē daret qui de facto inquireret & cognosceret, si de facti veritate nō satis liquebat. Interlocutus fuerat nō esse liquidā dotē quę repetebatur, & ob id iudicē dederat, qui de facto cognosceret ac pronunciaret. Isq; nimirū iudex erat, qui supradictā sentētiā tulerat iis verbis cōceptā. *Quæ bona fide accepisti solue.* Incertam igitur, cùm ex interlocutione illius qui iudicē dederat incertā dotem esse appareret. Cui consentaneum est in sequētibus bene scriptum esse, *Cùm igitur is qui posteà iudicabat contra te certam sententiā protulerit*, nec vt quidā putant, pro *certam* legendum esse *incertam*. Duplex enim sententia lata proponebatur non ab eodē iudice sed à diuersis, & quidē pedaneis datis ad cognoscēdū de facto & pronunciandū de iure ex ritu & ordine iudiciorū, sed ex quib. tamen priorē pręcesserat interlocutio ius dicētis, qualis pręcedere solebat quālibet iudicis pedanei dationem, Vel ob hoc ipsum vt sciretur, quare Prætor aut Præses prouinciæ iudicem daret, nec ipse pronunciaret, cùm ad ipsius officium pertineret lites quàm citò dirimere nec facilè ad iudicium accipiendum eos cogere, quos authoritate iudicij sui posset dimittere *l. quidam 21. D. de reb. cred.* Itaque quod lex ait de eo iudice qui posteà iudicabat, ad aliū referēdum est quàm ad illū ipsum iudicē qui sententiā incertā tulisse dicebatur. Vt.n. idem iudex qui sententiam incertam protulit, iterum de eodem negotio aliā sententiā siue certam siue incertā ferre possit, certè ratio iuris est impedimento: quandoquidem statim atq; iudex datus tulit sententiam qualem qualem siue benè siue malè officio suo semel fūctus est *l. iudex posteaquàm 55. D. de re iu.* Sed tamē nō eo minùs potest alius posteà iudicare, quando prior sententia est nulla propter incertitudinem, quia tunc etiam sine appellatione denuò retractari lis potest *l. Præses prouinciæ 27. D. de re iudic. l. si expressim 19. in fi. D. de app.* Et verò tractare Gordianum de sententia certa non de incerta, quæ nullas ex iure vires habere potuerit, constat satis ex iis verbis quæ in rescripto sequuntur *neque à statutis prouocaueris ipsa tuo facto confirmasti iudicatum.* Non enim potuisset fieri vt valeret ea sententia, vimq; rei iudicatæ haberet, quæ lata esset sine certa quātitate, tametsi ab ea nō fuisset prouocatū *d. l. præses prouinciæ.* Cur.n. debuisset, obsecro mulier prouocare ab ea sententia quæ ipso iure non valeret? *d. l. si expressim. l. 1. § item cùm contra D. quæ sent. sin. appel. resc. nd.* At sibi debebat imputare cur non prouocasset mulier ab ea sententia quæ iure valuisset, si minùs æquā illā esse arbitrabatur. Quod.n. iure valet sentētia, nō facit quominùs ab ea prouocari possit, Imò facit vt prouocari debeat si nō eā facto suo cōfirmare quis velit. Satis.n. confirmat qui prouocare non vult cùm possit. Sed quid hæc omnia ad rem nostram & vt probes pro Bartolo, Posse quem conueniri vno loco vt soluat in alio? Mendum sanè est apud Bartolum, qui non legem vltimam sed primam illius tituli voluit allegare. Ad quam idem Bartolus notat valere sententiam de futuro si dependeat à iure quod sit de præsenti, Item quod effectu idem est, Ea quæ sunt de futuro si habeant dependentiam à iure de præsenti ad officium iudicis pertinere, si nihil actori possit imputari. Petebatur enim eo loco sors de-

Digitized by Google

bita, à qua pēdebāt vsuræ quæ in posterū deberētur. Verū neq; id vllomodo ad rē pertinet. Multò.n. facilius est, vt qui pronunciat de sorte, de vsuris quoq; pronunciet, quàm vt quod in vno loco pronūciat esse debitū, alio loco soluēdū esse pronūciet: Cū si locus solutioni tātùm, nō etiā obligationi dictus sit, melius sit & expeditius condēnare debitorē vt soluat in eo ipso loco in quo fertur sentētia, habita tamē ratione quātū fieri potest alterius loci in quo solui debuit, quàm vt alibi soluere cōdēnetur. Quæ cōdēnatio non magis exitū & finē habere posset, quàm obligatio qua quis stipulanti promisit *decem Capuæ dari*, si ad locū illum solutioni destinatū nūquā accedere promissor vellet. Distinguēdi ergo sunt diligenter tres casus. Primus est cùm locus non solutionis tātùm causa positus est, sed etiā obligationis, quod euenit duntaxat in stipulatione, & quidē sic cōcepta *Capuæ centum dari*, ex qua demū nascitur arbitraria *d.l.2.§.1.de eo quod cert. loc.* quę nō nasceretur si directa posset sufficere ad cōdēnandū debitorē vt solueret in loco destinato. Secūdus est, si locus non obligationis sed solutionis tātū gratia adiectus sit, quod euenire potest siue ex mutuo siue ex stipulatione debeatur. Tertius est si purè nullóque loco adiecto dare quis sit obligatus. Primo casu agi potest directa actione ex stipulatu in eo tantùm loco qui stipulatione comprehēsus fuit, Et ideò necessaria est arbitraria & vtilis, per quā possit debitor cōueniri vbiq;, id est quocūq; loco inueniatur, quia necesse est vt vel nullibi conueniri possit si nūquā accedat ad eū locū vel vbique possit *d.l.1. eod. d.l. si duo 16. §.1. de const. pecun.* Et ideò fatēdū est verissimū esse, Plurib. locis conueniri posse illū qui per stipulationē promisit *Capuæ dari*, quàm eū qui sic obligatus fuit Romæ vt Capuæ solueret. Hoc.n. casu, qui secundus casus est, conueniri non vbiq; debitor potest, scilicet vt defendi debeat etiā vbi non inueniatur, sed vtrobique tantùm, id est vel in loco domicilij, vel in eo vbi soluere debuit *d.l. heres absens §.vlt. De iudic.* quib. locis defendi etiā debet *d.l.1.2.* & *3. De reb. auth. iud. poss.* At, tertio casu cùm locus nullus adiectus est neque ad obligationem neque ad solutionē, potest agi quocūque loco dū in eo inueniatur debitor, *d.l. eum qui insulā 43. eod. l. qui loco certo 27. D. de cond. indeb.* Ex quo etiam intelligimus quàm parū acute quidā scripserint, huiusmodi stipulationis *Capuæ centum dari* duas esse partes, vnā *cētū dari*, alterā *Capuæ dari*, Exēplo ei⁹ quod scribit Vlp. *in l. Celsus 23.§.1. De recep. qui arbit. rec.* Si arbiter iusserit dari pecuniā intra Calēdas, duo esse arbitri pręcepta, Vnum *dari pecuniā*, Alterum *dari intra Calendas*. Sunt.n. ista lōgè dissimilia, & valde dispar hac parte ratio loci & tēporis, etiā in eadē stipulatione. Locus.n. potest inseri stipulationi aut ad solutionē tantùm, vt puta sic cōcepta stipulatione *centum dari soluenda Capuæ*, aut etiam ad obligationem, vt in illa de qua tractamus *Centum Capuæ dari*. At tempus, quocunque modo stipulationem concipias, pars equidē obligationis est *l.1.§. editiones D. de edend.* sed tamen numquam obligationis causa adiicitur, sed solutionis duntaxat, vt ante tēpus illud non possit debitor conueniri: Totum verò medium tempus liberum habeat ad soluēdū *l. quod certa die 70. D. de solut. l. stipulatio ista 38.§. inter incertam De verb. obli.* Vnde fit vt obligationis & stipulationis in diē conceptæ dies statim cedat, licèt non prius veniat, quàm tēpus præterierit, & quidem totum *l. qui hoc anno 42. l. liber homo 110.§.1. eod. tit.* Cùm tamen id quod certo loco dari promissum est nullomodo debeatur eo loco, priusquàm ad eum locum peruenire possit, *d.l. continuus 137.§. cum ita eod.* ita vt non magis possit videri dies interim cessisse, quàm si sub condicione promissum fuisset *l. interdum 73. eod. l. cedere diem 213. De verb. signif.*

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XCI.
ERROR I.

De arbitraria quæ datur pro pecunia mutua certo loco soluenda. Ad l. aut mutua 6. D. de eo quod cert. loc. & ad l. qui Romæ 122. in prin. c. de verb. obl. g.

Si quod diximus in præcedentib. Arbitrariam actionem De eo quod certo loco nasci ex illa stipulatione *centum Capuæ dari* quomodo disertè scriptum est *in l. 2. §. 1. D. il. tit. De eo quod cert. loc.* Non autem similiter nasci ex mutuo si fortè mercem quis mutuam dederit soluendam & reddendam certo loco, Valde obstat quod scribit Pomponius *in l. aut mutua 6. eod.* non minùs arbitrariã actionem competere si pecunia sic mutua data fuerit vt certo loco reddatur, quàm si heres testamento iussus sit certo loco quid dare: quo casu arbitrariam competere scriptum est ex Paulo in lege præcedente. Putabam aliquando restringendam esse illam Pomponij sententiã ad eum casum quo mutua esset data pecunia interueniente stipulatione, Vt nihil differret hic casus ab eo quo stipulatio sola interuenisset ex causa præcedentis mutui. In qua specie diximus non aliam posse actionẽ cõpetere quàm arbitrariã si alio loco agatur, quàm in quo dari res debuit. Ita. n. obseruari olim solebat cùm pecunia mutua dabatur, vt stipulatio de ea reddenda interponeretur. Quod cùm eueniebat, nõ iã mutui quã stipulationis cõtractus interuenisse credebatur, Nõ quasi facta nouatione, translatáq; obligatione mutui in causã stipulationis, sed quasi vnico stipulationis contractu inito, cui mutuum causã dedisset. Quomodo idẽ Põponius ratiocinatur & cũ eo Vlpianus *in l. cùm n. 7. Iũct. §. 1. l. præced. D. de nou.* Nimirũ quia quo strictior eo fortior esse videbatur cõtractus stipulationis ad obstringẽdũ promissorẽ quominùs aliquãdo cõuẽtus recusare solutionẽ posset. Verũ mihi posteà diligẽtiùs & subtiliùs intuẽti durior visa est hæc interpretatio, quàm vt in ea perstare velim, Nõ ob id solùm quòd *in dict. l. aut mutua*, nulla prorsus mentio stipulationis fiat, sed tantùm pecuniæ creditæ, Verùm etiam quòd in ea pecunia quæ ex illa tantùm stipulatione deberetur, *Capuæ centum dari*, res esset apertior, competere ex ea causa arbitrariam,

quàm vt specialiter lege illa notari debere videretur. Adde quòd eâ quoq; interpretatione admissa, vt de illo casu sẽserit Pōponius, quo ex causa mutui stipulatio interposita esset de mutua pecunia certo loco reddēda, nō tamẽ ea sublata esset difficultas, quę nũc me remoratur. Nō.n. de ea stipulatione tractaret Pomponius quę sic interposita fuisset, *Capua certū dari*, ex qua sola diximus nasci arbitrariā, sed de illa in qua locus fuisset adiectus non obligationis, sed solutionis tātū gratia. Loquitur.n. de mutuo sic dato vt certo loco redderetur. Et cōsequēter [si cōminisci velis stipulationẽ interuenisse] de ea stipulatione ex qua promissor qui pecuniā mutuā accepisset, obligatus primū fuisset purè nullo isti obligationi adiecto loco, sed subiecta statim pactione de redditione mutui certo loco facienda. In qua specie diximus nō magis ex stipulatione nasci arbitrariam per quā cōueniri promissor vbiq; possit, quā ex mutuo aut alio quolibet contractu stricto. Quia cùm locus ad solutionẽ tātū non etiā ad obligationẽ appositus est, potest debitor cōueniri, nō in eo tātùm loco in quẽ collata solutio est, & in loco domicilij, licèt neq; in hoc neq; in illo inueniatur *l. heres absens* 19. *§. vlt. D. de iudic.* cùm defendi vtrobique debeat, vt missio in possessionem bonorum ipsius eorúmque venditio impediatur *l. 1. 2. & 3. D. de reb. author. iudic. possid.* sed etiam quocunque alio loco inueniatur, acsi purè promisisset, quamuis vbi non inuenitur, nec se debeat defendere *d. l. heres absens §. proinde.* Cur non enim vbique conueniri possit qui vbique debet? Itaque ob hoc ipsum cōueniri vbique potest, quòd vbique est obligatus, sed actione directa non minùs quàm qui nullo certo loco dare promisit, nō arbitraria, vt ille qui certum quidem locum adiecit, sed obligationi ipsi non solutioni: eiúsque rei probatio non obscura peti potest ex elegāti illo respōso Scæuolæ quod extat *in l. qui Romæ* 122. *in prin. De ver. oblig.* vbi manifestū est tractare Scæuolā de eo qui cùm Romæ pecuniā mutuā dedisset soluēdā in lōginqua prouincia post mẽses tres, stipulationẽ de ea re interposuerat, eámq; pecuniā sua die ibi soluēdā stipulatus fuerat, adiecto proinde loco solutioni tātùm, nō etiā obligationi, vt postrema illa respōsi verba probāt *posse stipulatorẽ sua die ibi vbi soluēda stipulatus est petere.* Quare nec arbitrariā actionẽ in ea specie dat Scæuola stipulatori, qui si arbitrariam haberet vt ille qui cētū Capuę dari stipulatus est, vbiq; locorū agere nō minùs posset, quàm vbi pecuniā dari stipulatus esset, sed actionẽ dat directā in eo loco exercēdā, in quẽ destinata fuit solutio, Non quasi in loco etiā domicilij promissoris exerceri non possit *d. l. heres absens §. vlt.* Sed vt intelligamus nō posse debitorẽ vbiq; cōueniri quomodo posset, si obligationi non solutioni adiectus locus fuisset. Neq; alia videtur mihi esse ratio eius quod Paulus respōdit *in l. quaero* 100. *D. de solut.* tutorib. vel curatorib. in prouincia datis qui pecuniā pupillarẽ in prouincia fœnerauerāt, sic vt ea Romę solueretur, nō eo minùs rectè solui potuisse, quòd alij essẽt rerū Italicarū tutores vel curatores, quib. proinde in Italia solui debere videretur. Quis.n. miretur posse illos Romæ solutionẽ accipere, quā & ipsi etiam Romę vltrò petere ex lege stipulationi dicta, & vrgere potuissent? Aut quænam dubitādi ratio esse potuisset, si ex stipulatione de soluēda certo loco pecunia etiā arbitraria actio nasci posset? Quis.n. nō ęquū arbitraretur prouincialib. tutorib. aut curatorib. arbitrariā actionẽ habētib. in eo saltẽ loco agere in quem collata solutio fuisset. Quidni ergo longè magis in eodem loco solutionẽ accipere? Etsi nō excludit hæc ratio locū domicilij debitoris, vt ibi quoque possit & cōueniri si inueniatur, & vltrò soluere si id malit ne conueniatur, grauioribúsque sūptib. oneretur. Alia igitur ad Pōponiū interpretatio quęrēda est, quàm quæ nobis aliquādo placebat, Noua itaque & certè subtilior, fortassis etiā nisi me fallo, vera.

Atti-

Attulimus in superioribus differentiam quam nemo ante nos obseruauerat inter contractus illos strictos mutui & stipulationis, quòd in mutuo non potest locus adiici ad obligationem quæ non nisi ex re & traditione ipsa nascitur, sed tantùm ad solutionem, In stipulatione verò potest locus adiici nūc ad solutionem tantùm, vt *in d.l.qui Romæ & d.l.quæro*, Nunc etiam ad obligationem, vt *in d.l.2. §.1. De eo quod cert.loc.* Et rursum ostendimus quod non magis ab alio vllo obseruatum est, quantum referat an in stipulatione solutionis tantùm, an etiam obligationis gratia locus adiectus sit, Posteriore namque duntaxat casu induci actionem arbitrariam vt debitor quocunque loco conueniri non minùs possit, quàm si nullo certo loco promisisset, non etiam priore. Tertia nunc nec minùs noua obseruanda nobis differentia est, inter pecuniam & cæteras merces, quæ in causam & contractum mutui cadere possunt, quod ad hoc de quo nunc disputamus, An loci adiectio in contractu mutui faciat actionem arbitrariam. Iam enim diximus, Si frumentum, aut vinum vel oleum, aut quid aliud simile extra pecuniam numeratam mutuò datum sit, ea lege vt certo loco reddatur, non nasci ex loci adiectione arbitrariam, sed sufficere directam condictionem certi ex mutuo per quam repetatur quod datum est scilicet etiam in loco domicilij si malit creditor ibi reum conuenire, Ita tamen vt in rei debitæ æstimatione ineunda quæ in condemnationē deduci debet habeatur ratio eius loci in quo solui & reddi merx debuit, id est vt tanti merx æstimetur quāti fuit tempore litis contestatę nō vbi petitū est, sed in eo loco in quo fieri solutio debuit *d.l.vinum 22. De reb.cred.l.vlt. De condict.tritic.l.idem erit 60. D.de verbor. obl.* Quid enim vetat vno in loco æstimari rem, quanti est in alio? At si pecunia mutua data sit, eodē pacto addito, vt certo loco reddatur, Dico non posse condictionē sufficere vt siue actori, siue reo consulatur quod pertinet ad loci adiectionē. Nam cùm pecuniæ certa & perpetua sit vbique locorū æstimatio in republica benè constituta, qualis Romana semper fuit *l.3.D.de in lit.iur.l.3. De eo quod cert.loc.l.1. D.de contr.empt.* nec proinde æstimari ipsa possit, cùm ex contrario cæteræ res omnes per eam æstimentur *l.si ita fideiussorē 42. D. de fideiuss.* Non potest fieri vt pecunia, quę alio loco petitur quàm in quo reddi ex conuētione debuit aliam æstimationem recipiat, quàm illius in quo petitur, & consequenter inutilis fit adiectio loci, quam tamen cùm sit pars contractus inutilem manere nō oportet, siue intersit creditoris, siue debitoris in eo loco potiùs solui pecuniam, in quo conuenerat vt solueretur. Cur enim locū adiectum voluerunt cōtrahentes, nisi vt appareret voluisse illos rationē haberi eius loci, siue actoris, siue rei interesse contingeret? Idque adeò verum est, vt quamuis ex stipulatione nihil possit peti nisi quod verbis stipulationis disertè ac nominatim comprehensum est *vulg.l.quicquid adstringendæ 99. De verb.oblig.* Si tamen vel dies vel locus in stipulatione adiectus sit, non minùs debeatur id quod interest quàm si in stipulationem deductum esset *l.si Calendis 11. D.de re iudic.l.si fundū certa die 114. De verb.oblig.* Nempe quia numquam debet aufferri vtilitas loci & temporis si qua interuenit *l.quòd si Ephesi 4.in princ. De eo quod cert.loc.l.quoties 59.cum l.seq.De verb.oblig.* Hinc igitur fieri contendo, vt cùm pecunia mutua data est sic vt certo loco reddatur, etiam nulla interueniente stipulatione, non alio loco peti possit quàm in quo solui debuit nisi per arbitrariam. Eámque rationem & sentētiam esse *l.aut mutua 6.De eo quod cert.loc.* quia cùm adiectio loci in pecunia credita nullam æstimationis diuersitatem inducere possit, quam in cæteris rebus induceret quæ mercis appellatione cōtinentur, necessariò cō-

sequens est vt vel inutilis prorsus sit & inefficax, vel inducat arbitrariam ad inducendam ex alterutra parte præstationem eius, quod interest, vt aliqua loci ratio habeatur, quæ aliter haberi nulla posset. Numquam enim potest in condictionem certi ex mutuo venire id quod interest, quantumcũque proponas adiectum fuisse solutioni tempus vel locum, scilicet propter naturã actionis quæ non solùm stricta est [nam & actio ex stipulatu æquè stricta est] sed etiam tota ex re tradita æstimatur, non ex consensu, non ex verbis, quomodo stipulatio, cui ob eam causam non tantùm inesse dicuntur pacta vt pariant exceptionem adeóque actionem si apposita sint incontinenti, sed etiam vt forment actionem ipsam ex stipulatu, ita vt ex stipulatione agi possit etiam ad id quod pacto conuentum fuit, haud aliter quàm si per stipulationem conuentum fuisset *d.l.lecta l.petens* 27.*Cod.de pact.* quam qui cum Cuiacio intelligunt de eo duntaxat pacto quòd stipulationem præcesserit, nescio quid possint respondere ad verba illa *seu pòst statim interpositum sit.* In quibus ponderari etiam volo dictionem illam *statim* vt alios refellam qui volunt eam esse naturã stipulationis & pacti vt pactum inutiliter stipulationem subsequatur, id est vt quamuis si scripturæ & instrumenti ordinem intueamur pacti narratio & antecedere & subsequi stipulationis narrationem possit, Naturâ tamen pactum non possit subsequi stipulationem, quasi stipulatio quidem pacto adiecta obliget, at non è conuerso. Si enim de eo pacto per stipulationem firmando tractarent Imperatores, quod siue in ipso stipulationis contractu, siue antè stipulationem narratũ fuisset, quid obsecro referret an statim secutum esset an ex interuallo? Aut potéstne dici pactum post interpositum, etiam adiecta dictione *statim* quod tractatum & narratum fuerit ante stipulationem? Denique quis rectè dicat *pactum post statim interpositum* quomodo loquuntur Imperatores, pro eo quod isti interpretantur narratũ? Quomodo narrari potest, quin hoc ipso interponatur cùm nihil exigat nisi consensum? Et quid si pactum, quod stipulationem subsecutum est, sit contrarium stipulationi? vt *in d.l.lecta.* Poterítne tractatum videri aut narratum fuisse in stipulatione? Fateamur ergo, id quod res est, stipulationem quantumuis stricta sit, formari posse, & reformari per pactum incontinenti appositum: At condictionem certi ex mutuo non posse.

ERROR SECVNDVS.

Alia differentia inter mutuum & stipulationem pecuniæ certo loco soluendæ.

VNDE alia etiam nec minùs elegans nascitur differentia inter mutuum & stipulationẽ tùm quoque cùm pecunia debetur, quam certo loco solui conuenerit. Mutua námque data pecunia ideò necessaria est arbitraria, quoniam vt diximus loci ratio haberi aliter non potest, neq; ad ineundam æstimationem quæ semper & vbique eadem est pecuniæ, Neq; ad præstandum id quod interest, quippe quod ex contractu mutui etiamsi dies vel locus solutioni adiectus sit, numquam debetur. At si per stipulationem certa pecunia certo loco soluẽda promissa sit, potest creditor ex ea stipulatione & actione directa consequi non modò eam ipsam quantitatem quæ promissa fuit, sed etiam id omne quod ipsius interest siue ratione tẽporis si sua die solutũ nõ sit, vt *in d.l.si Calendis & d.l.si fundum,* siue ratione loci si alio loco agere cogatur stipulator, quod facere vtique potest saltem in loco domicilij promis-

promissoris vt in superiorib. docuimus ex *l. heres absens* 19. §. *vl. D. de iudic.* Nec vlla in eã rẽ opus est arbitraria, cùm possit sufficere directa actio ex stipulatione, quippe quã nihil prohibet dari etiã ad id quod stipulatoris interest, non minùs ratione loci qui solutionis tantùm non etiã obligationis causa adiectus sit, quàm ratione tẽporis, quod nisi ad causam solutionis nũquam adiicitur. Directa.n. actio ex stipulatione cõpetit etiã cùm alio loco agitur, quàm in quo fieri solutio debuit, siue domicilij locus ille sit, siue alius quilibet dùm in eo debitor inueniatur, & dum ne obligationi dies adiectus sit, potiùs quàm solutioni, secũdũ ea quę suprà diximus. Nihilne igitur intererit, an directa actione agat stipulator alio loco quàm in quem collata solutio fuerat, an arbitraria? Nihil penitus quod pertinet ad stipulationẽ. Tantundẽ.n. per illam quantùm per hanc consequetur, id est id omne quod propter loci adiectionẽ ipsius interest. Sed interest tamẽ quãtum ad promissorẽ, Cui per directã ex stipulatione actionẽ consuli nõ potest etiamsi maximè illius intersit destinato loco cõueniri, cùm tamẽ per arbitrariã nõ minùs ei quàm stipulatori cõsulatur, Imò tãtò magis quod ex natura arbitrariæ actionis est, vt quẽadmodũ pro necessitate actoris & cõseruãdæ actionis gratia cõparata fuit, ita potissimùm vtilitatẽ respiciat debitoris, quem iniquũ esset alio loco cõueniri si nõ ipsius quoq; indẽnitati cõsuleretur. Fateor habendam esse rationem etiam eius quod interest stipulatoris. Sed interdum vt loquitur Vlpianus *in l. 2. §. vlt. vers. Iulianus De eo quod cert. loc.* Non igitur semper, neque ex natura actionis. Quid? An non iniquum est eam ex stipulatione actionem directam dari in qua eius duntaxat ratio habeatur quòd stipulatoris intersit ratione loci non etiam eius quod intersit promissoris? An non adiicitur locus æquè gratia vtriusque, Præsertim verò promissoris quem sanè credẽdum est non tam facilè promissurum fuisse si in alium locum solutionem conferre stipulator voluisset? Respondeo non habere promissorem quod de hac conqueratur. Quia priusquàm ad eum locum peruenire potuerit, neque eo loco, neque alibi vspiam conueniri potest, cùm obligatio licèt pura, capiat tamen dilationem ex re ipsa *l. interdum* 73. *De verb. oblig.* quamuis vbique interim deberi videatur, quod nullo adhuc certo loco debetur, vnde est quod interim vbique etiam solui potest *d. l. continuus* 137. §. *cum ita De verb. obligat.* Postquàm verò præteriit tempus intra quod ad eum locum peruenire potuit, imputare sibi promissor debet, cur non eo loco soluerit, si fortè creditor quoque adfuit, aut alius, qui eius vice solutionem accipere potuisset. Quòd si nemo fuit, cui solui potuerit, est tamen adhuc quod imputare sibi promissor debeat, cur non vltrò deposuerit & obsignauerit pecuniam in eo ipso loco solutioni destinato, vt obsignatio vim solutionis haberet. Fuisset enim debitor eo modo, non minùs quàm solutione liberatus, Adeò vt etiamsi arbitraria illo casu conueniretur, absolui tamen deberet *d. l. quòd si Ephesi* 4. §. 1. *De eo quod cert. loc.* iunct. *l. obsignatione* 9 *C. de solut. l. acceptam* 19. *C. de vsur. l. vlt. D. de leg. commiss.* Proinde nihil absurdi est actione directa quæ ex stipulatione cõpetit aduersus eum qui certo loco soluere debuit haberi rationem loci in fauorẽ eius qui agit. Non etiam in fauorem promissoris. Ob idque nimirum fuit necessarium inducta actione vtili fauore actoris vt vbique inuentum reum conuenire posset, id est etiam alibi quàm vbi dare se obligasset, Illud etiam inducere vt ea vtilis actio esset arbitraria, id est in qua iudicis arbitrio & ex æquitate condemnationem fieri oporteret, vt quanti eius interesset alio loco soluere, æstimaretur maximè. Deinde quanti etiam actoris interesset si nihil ei posset imputari *dict. leg.* 4.

§.1.& d.l.2.§.vlt. De eo quod cert.loc. Dices, Nullam æquitatem esse quæ faciat pro reo, cùm potest ei imputari cur non ea fecerit quæ modò diximus, Quæ si è contrario fecerit, nihil iam tractari posse de arbitraria aduersus eum dãda qui sit liberatus. Respondeo multum hac parte differre actionem arbitrariam à directa. Arbitrariam enim non ipso iure competere, sed dari ex æquitate, ob idq; vtilem dici & consequenter faciliùs æquitatis rationem admittere in rei quoq; persona qui summo iure non alibi quàm vbi dare promisisset conueniri posset. Vt qui in vno grauatur in alio releuetur, quod nec Bart. ignorauit. At in actione directa & stricta, prorsus nulla ratio est inducendæ æquitatis, præsertim verò in gratiam rei cui mora possit obiici & imputari. Ea denique ratio facit vt contra eum qui pecuniam stipulanti promisit soluendam certo loco non sit necessaria arbitraria vt loci ratio aliqua pro stipulatore habeatur, quæ tamen esset necessaria si ageretur de pecunia credita quam certo loco dari conuenisset. Atque ita totam hanc quæstionem perplexam sanè ac difficilem explicandam esse arbitror.

ERROR TERTIVS.

De actione arbitraria, Ex testamento. Ad l. si heres 5. De eo quod cert. loc. & de differentia legatorum vindicationis & damnationis hac parte.

CVM de actionibus arbitrariis nostri tractant interpretes, solent eandem rationem constituere actionis arbitrariæ, quæ nascitur ex mutuo, & eius quæ competit ex testamento, Quasi vtraque sit perinde & æquè arbitraria, quod tamen falsum esse iam constat ex superioribus. Non enim ex quocunque mutuo nascitur actio arbitraria, licèt conuenerit vt certo loco mutuum redderetur, sed eo tantùm casu quo mutua pecunia data sit, vt *in l. aut mutua 6. De eo quod cert. loc.* nõ etiam si merx, puta vinum, oleum, aut frumentum *l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vltim. De condict. tritic.* At si heres à testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio omnimodo competit *l. si heres 5. De eo quod cert. loc.* Et tamen perinde nascitur certi condictio ex causa legati, quoties certa res legata est, atque ex causa mutui *l. certi condictio 9. D. de reb. cred.* nec minùs hæc quàm illa stricti iuris est. Nulla enim certi condictio est, quæ non sit stricti iuris, ex quacunque tandem causa detur, cùm nulla vspiam inter bonæ fidei actiones numeretur *§. actionum Inst. de action.* Cur non ergo perinde arbitraria semper est condictio certi ex mutuo, cùm mutuũ certo loco reddi conuenit, atque actio ex testamento? Augetur dubitatio ex eo, quòd actio ex testamento licèt non magis quàm cõdictio certi ex mutuo inter bonæ fidei actiones enumeretur *in d. §. actionum*, Ideóq; legata & fideicõmissa à bonæ fidei cõtractib. separẽtur *in l. in minorũ 3. C. in quib. caus. rest. in integ. necess. nõ est*: In plerisq; tamẽ ac ferè in omnib. naturã habet actionũ bonæ fidei, putà in eo quod pertinet ad præstationes accessionũ veluti fructuũ, & vsurarum, quas accessiones certũ est in actione ex testamẽto deberi à die moræ *d. l. in minorũ l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vsuras de leg. 2.* quæ natura est actionũ bonæ fidei, non etiã earũ quæ sunt stricti iuris *l. mora 32. §. in bonæ fidei. l. videamus 38. §. si actionẽ & §. in cæteris iũct. l. 3. §. in his quoque iudicus D. de vsur.*

Sed

Sed & in eo imitatur actio ex testamento naturam actionum bonæ fidei, vt & Bartolus tradit, quod resoluta non perfectè actio prima durat, Puta si cùm ædes testatoris quibus heredis ædes seruiebant legatæ essent Titio, traditæ ei fuerint ab herede non imposita seruitute quæ ipso iure confusa fuerat per aditionem. Placet enim posse adhuc legatarium ex testamento agere acsi legatum non accepisset, quia non plenum acceperit. Quemadmodum & si seruum legatum acceperit debilitatum ab herede, rectè ex testamento aget *l. huiusmodi* 84. *§. ædes de leg.1.* Quod & in fideicommisso iuris est *l. debitor* 59. in illis verbis *neque fideicommissum quasi minus restituerit, rectè petetur, D. ad SC. Trebellian.* Quidni ergo idem dicimus in actione ex testamento, quod in omnibus bonæ fidei actionibus, quæ nullo casu fiunt arbitrariæ quamuis in contractu locus adiectus sit, Propterea quòd earum æquitas sufficere possit vt vtilitas loci æstimetur, non tantùm in ineunda rei debitæ æstimatione, sed etiam ratione eius quod interererit alterutrius contrahentium *l. in bonæ fidei 7. De eo quod cert. loc.* Ratio meo iudicio petenda ex eo est, quòd cùm testator aliquid certo loco dandum legauit, aut per fideicommissum reliquit, idipsum euenit quod euenire diximus in stipulatione illa *Capuæ centum dari* vt locus obligationis causa adiiciatur, non solutionis. Et consequenter vt verum sit non alio loco legatum aut fideicommissum deberi, quàm in quo testator illud dari iussit. Cur enim locum testator adiecisset si alio loco rem deberi voluisset? An non credibile est ideò potiùs adiecisse vt heredi consuleret, ne alibi eum conuenire legatarius vel fideicommissarius posset? At quia non ea mente id fecisse videri potest vt poneret in potestate & arbitrio heredis ne vnquam deberet aut solueret, numquam veniendo ad eum locum quem testator expressisset. Rectissimè placuit inducendam hoc casu arbitrariam per quam & legatario consuleretur suum consecuturo vbicumque heredem inuenerit, & heredi simul æstimata in ipsius fauorem vtilitate loci, & habita ratione Quanti heredis interesset soluere potiùs in eo loco in quo rem dari testator voluisset. Alioquin fieri certè non posset, vt alio loco rectè conueniretur heres & cogeretur soluere, Ne contra voluntatem fieret, quod ex voluntate proficisceretur. Cùm simpliciter res aliqua legata est, nec adiecit testator vbi eam dari voluerit, Certum est præstari eam debere vbi relicta est, non vbi petitur, Peti tamen posse etiam vbi non est: Alioqui non esset distinguendus locus petitionis à loco præstationis, qui tamen distinguitur apertè *in l. cùm res 47. in princip. De legat.1. & in l. quod legatur 38. l. si fideicommissum 50. D. de iudic.* An igitur vbique peti poterit, vt contingeret & si peteretur per arbitrariam? Minimè, Sed in loco domicilij vbi & defendi heres debet. Semper enim rectè conuenitur heres in suo domicilio, Nisi præscribat & excipiat de alio loco in quo testator solutionem fieri aut expressim aut verisimiliter voluerit *dict. l. cùm res.* Quod facere semper heres potest, Nisi cùm vel dolo malo heres rem legatam in alium locum transtulit quàm in quo à testatore relicta fuerat, Vel in eo loco conuenitur in quo est res quæ petitur, licèt maior pars hereditatis alibi sit *dict. l. cùm res l. sed etsi susceperit 52. §. si ea res* iunct. *d. l. si fideicommissum 50. De iudic.* Vel denique cùm legata est vel per fideicommissum relicta res aliqua quæ consistat in pondere, numero & mensura, id est quæ consistat in genere magis quàm in specie, dum illud etiam concurrat vt per modum generis legata sit, non per modum speciei, puta *Centum modios ex illo horreo* aut *vini amphoras tot ex illo dolio, dict. l. quod legatur 38. eod. dict. l. cùm res 47. vers. sed si id*

petatur, vbi scriptum est genus quod legatum est per modum generis ibi præstandum esse vbi petitur. At cùm testator certum locum legato adiecit, nec tantùm solutionis sed etiam obligationis causa, Non potest ratio iuris pati vt alio loco conueniatur heres quàm in quem testator legatum contulit, vt putà si testator centum Capuæ dari iusserit, Nec distinguimus hoc casu qualis res legata sit, An quæ consistat in genere, an quæ in specie, Nec rursum si in genere consistat, an per modum generis legata sit, an per modum speciei. Quia omni casu ibi duntaxat legatum debetur vbi dari testator voluit. Et quemadmodum in stipulatione diximus multùm referre an quis stipulatus sit *Centum Capuæ dari* an verò *centum soluenda Capuæ*, propterea quòd priore casu locus ad obligationem adiectus sit, posteriore verò ad solutionem, ideóque prior duntaxat casus non etiam posterior arbitrariæ actionis necessitatem & vtilitatem inducit *l.2.§.1.De eo quod cert.loc.l.qui Romæ 122.in princip. De verborum obligat.* Ita & diligenter inspicere ac distinguere debemus, quibus testamenti verbis legatum, aut fideicommissum relictum esse proponatur, vt sciri possit an solutionem tantùm, an & obligationem legati testator in locum certum contulerit. Hoc enim tantùm casu quo locus obligationis causa adiectus sit, puto locum habere quòd Paulus ait, *in dict. l.si heres*, competere arbitrariam vt agi ex testamento vbique possit, id est etiam extra locum illum in quem testator non tam solutionem legati quàm legatum ipsum contulit, Itémque extra locum domicilij, nempe quia testamenti verba ex quibus legatum necessariò petendum est, non patiuntur vt alibi petatur quàm vbi præcisè non minùs peti illud, quàm præstari testator voluit, Id est ne in loco quidem domicilij: Alioqui nulla inducendæ arbitrariæ esset necessitas, si heres in domicilij sui loco conueniri posset, Quomodo haud dubiè potest cùm locus solutionem tantùm respicit non obligationem, vt à nobis in præcedentibus tractatum est circa arbitrariam actionem quæ nascitur ex stipulatione.

ERROR QVARTVS.

Quantum intersit quomodo conceptum sit legatum certo loco dandum. Et an per vindicationem an per damnationem legatum sit. Ad l.quod legatur 38. D.de iudic.l.cùm res 47.in princ.De legat.1.

MVLTVM ergo intererit an testator ita dixerit *Heres meus Titio centum Capua dare damnas esto*, an ita potiùs, *Heres meus damnas esto dare Titio centum soluenda Capuæ:* Priore casu certum est locum adiectum esse legato, & obligationi, Posteriore verò nõ nisi solutioni. Bona enim hac parte comparatio est stipulationis, & testamenti, Nec alia ratio est propter quam actio ex testamento inter stricti iuris actiones potiùs quàm inter eas quæ bonæ fidei sunt annumeretur, siue in hoc tractatu De actione arbitraria, siue quæratur De in litem iurando *l.alias 6.sup.De in lit.iur.* Nisi quia cùm agitur ex testamento non minùs exactè verba testamenti spectanda sunt, quàm stipulationis inspicerentur, si ex stipulatione ageretur. Qua de causa mirari soleo inscitiam eorum qui actionem ex testamento adeò similem esse volunt actionibus bonæ fidei vt vix sibi temperent quin eam inter cæteras bonæ fidei actiones annumerent.

Nam

Nam cùm bonæ fidei actiones vt nomen ipsum sonat, ex bona fide æstimentur, bona fides autem in eo potissimùm consistat vt fiat quod dictum adeóque actum est, vnde & fidei nomen deductum quidam volunt, Apparet non posse bonæ fidei actionem intelligi, nisi quę causam habeat à contractu vel saltē quasi contractu aliquo bonę fidei. Nec rursus contractum bonæ fidei esse posse vbi nullum gestum negotium & fides nulla data sit. Atqui nullū negotium gestum videri potest inter heredem & legatarium, nisi quòd heres adeundo hereditatē videtur quasi cōtrahere cū legatariis sicut & cum creditorib. *l. 3. §. vlt. & l. seq. Quib. ex caus. in poss. e at. l. si quis absentis 5. §. heres quoq; D. de obl. & act.* Quid ergo est vnde bonā fidē inter eos, & bonæ fidei actionē possis inducere? Neq; ad rē pertinet, quòd in actione ex testamento perinde atq; in bonæ fidei iudiciis ex mora vsuræ & fructus præstantur. Id. n. fit non ratione vlla bonæ fidei sed fauore vltimæ voluntatis, quā effectū statim sortiri non tantùm legatarij & fideicōmissarij interest, sed etiā reipublicæ *l. vel negare 6. D. testam. quem. aper.* multóq; magis testatoris, cuius volūtati mora fieri præsertim per herēdē nulla debet. Cæterùm sicuti testatoris voluntas quàm primùm fieri potest, executioni mādanda est, ita nihil cōtra voluntatē fieri debet *vulg. l. verbis ciuilib. 7. De vulg. & pup. subst. l. si ancillas 63. de leg.* 1. quod tamē eueniret si rem quam certo loco dari testator voluit, alio loco petere liceret. Cessante igitur vi & potestate actionis ex testamēto, necessariò inducēda fuit arbitraria, Ne alioqui multò magis voluntas testatoris offenderetur, si in potestate esset heredis nūquam ad locū illum accedentis, vt nusquā conueniri posset. Quòd si locus à testatore solutioni dictus sit, non obligationi, nulla necessitas subest inducendæ arbitrariæ, quia potest eo casu heres in domicilij loco conueniri. Sic dicimus, Multùm interesse an quis legauerit Titio ducenta cùm erit annorum quatuordecim, An verò soluenda cùm erit annorū quatuordecim. Primo casu legatū est cōdicionale nec transmittitur ad heredē si Titius ante decimūquartū annū decesserit, *l. si cui legetur 49. §. hoc autē legatum De legat.* 1. Posteriore autem casu purū est, nec tam condicione quàm mora suspenditur, vt *& in l. heres meus 79. De cond. & demonstr.* quasi dilata in diem solutione duntaxat nō etiā obligatione *l. ex his verbis 5. C. quand. dies leg. ced.* vbi hanc ob causam respondet Imp. transmitti ad heredē legatū, legatario ante diem defuncto. Sed & obseruandum est loqui Paulū *in d. l. si heres,* de herede qui legatum certo loco dare iussus sit, hoc est de legato per damnationē non per vindicationem relicto. In quo genere legati per damnationem sicuti alia pleraq; diuersa erant à legato vindicationis, Ita illud maximè propriū & singulare vt per manus heredis capi illud oporteret, nec propria authoritate legatū à legatario occupari posset, quomodo potuisset si per vindicationem relictum fuisset vt Vlpianus & Caius testantur in Institutionibus. Quomodo autem fieri poterat vt legatum damnationis per manus heredis caperetur si numquam heres ad eum locum accederet in quo legatum pręstari testator voluisset? In legato vindicationis, cuius verba numquam ad heredem semper ad legatarium diriguntur, nullus quæstioni propositæ locus esse videtur. Cùm enim legatarius habeat ius vindicandæ rei legatæ vbicumque sit etiam non expectato herede *l. quod legatur 38. de iudic.* quid eget arbitraria actione vt legatum consequatur? Quòd si personalem exercere malit [habet enim heredem non minùs obligatum quàm si per damnationem legatum esset *dict. l. quod legatur,*] ne tunc quidem indiget arbitraria, Non ob id solùm quòd potest actione saltem ad exhibendum, quæ vindicationis præparatoria est,

& in personam directa licèt in rē scripta, conuenire heredem in loco domicilij *d.l.quod legatur*, quemadmodum & rem ibi aut alio quocunque loco exhibitam vindicare posset, vt eadem lex ait, Sed etiam quia vix est vt in legato vindicationis locus adiiciatur siue obligationis gratia & ad substantiam ipsam legati afficiendam, siue solutionis causa. Non quidem obligationis gratia, quoniam alioqui non posset legatarius vbique legatum præsens vindicare, quòd tamen euidenter falsum est, cùm sit ille vbique dominus *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l.à Titio* 64. *in fin. De furt.* & rei vindicatio sit ex præsenti possessione *l. non alias* 24. *§. sed si postulatur D. de iudic.* Nec rursum solutionis causa, cùm id fieri non possit quin cum herede testator loquatur, aut saltem in eum dirigat voluntatis suæ intentionem quod in legato vindicationis fieri non solet: Si tamen locus in legato vindicationis adiectus sit, nō aliud sanè dici potest quàm vt solutionis tantùm gratia adiectus videatur, Vt sciat heres quo loco præstandum habeat, si actione personali conueniatur, *d.l.cùm res* 47. *in princip. De leg.*1. Vbi tamen credibile est tractare Vlpianum de damnationis potiùs quàm vindicationis legato, cùm loquatur de rebus tam alienis quàm propriis legatis. Res enim alienæ per damnationem tantùm legari poterant, sicut & eæ quæ in pōdere, numero & mensura consistunt, vt refert Caius in Institutionibus, de quibus tamen etiam Vlpianus eo loco tractat, Per vindicationem verò eæ tantùm quarum dominium ad testatorem vtroque tempore & testamenti & mortis pertinuisse probabatur. Ergo vt fiat vniformis determinatio debet ea lex de eo legati genere intelligi quo res alienæ perinde ac propriæ testatoris relinqui potuerint, id est de legato damnationis, quod omnium commodissimè sic cōcipitur vt loci adiectionem admittat his verbis, *Heres meus Titio centum Capuæ dato.* Dandi enim verbum licèt soluendi quoque & præstandi significationem habeat, magis tamen ad obligationis quàm ad solutionis causam pertinet, cùm obligationem aliquam præcedere necesse sit priusquàm de solutione quæri possit *l. eum qui* 56. *§. qui sibi l. si duo* 128. *De verbor. oblig at. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. quæsitum D. de solut.* Inde igitur est quòd si testator damnauerit, aut iusserit heredem legatum dare certo loco, arbitraria actio necessaria sit, quia cùm nullo alio loco peti legatum possit, eueniret vt in potestate heredis esset nusquam soluere si ad locum in legato comprehensum venire nunquam vellet.

ERROR QVINTVS.

De actione arbitraria ex aliis contractibus strictis. Et an stricti iuris actiones ex strictis fiant arbitrariæ, Ad l.1. D. de eo quod cert. loc.

QVAM multi sint errores interpretum in hoc tractatu De actionibus arbitrariis nec minùs veterum quàm recentiorum, liquidò iam satis constare arbitror ex præcedentibus: Sed apparebit clarius ex iis quæ subiungere cogimur ne quid ex illo tractatu ignoretur. Adduunt illi in numero actionum arbitrariarum, Eam quæ nascitur ex constituto, si fortè quis constituerit certo se loco soluturum. Nemo enim dubitat quin sicut certo tempore ita & certo loco constituere quis possit, id est in locum certum conferre constitutum *l. si duo* 16. *§.*1. *De pecun. constit.* vbi obseruandum est loqui Vlpianū de eo qui constituit certo loco nulla solutionis mentione facta,

Ne dubitare possimus, quin de eo constituto intelligat in quo adiectus sit locus obligationis causa nō solutionis, quāuis difficile sit vt constitutū sine solutione cōcipiatur. Quid.n.aliud est constituere, quàm nudo pacto promittere te soluturū quod iam vel à te, vel ab alio, vel ciuiliter, vel naturaliter debeatur? *l.1.& 2. l.tū qui 5. & pass.eo.tit.* Ait verò Vlpianus eo casu quo certo loco constitutū sit, nō solùm eo loci posse actorē petere vbi constitutum est, sed exēplo arbitrariæ vbiq; posse. Quod nostri sic accipiunt quasi nō potuerit Vlpianus apertiùs scribere actionē De cōstituta pecunia quæ sui natura stricta est, fieri ex stricta hoc casu arbitrariā. Indéq; facti audentiores inferūt, Similiter actiones strictas omnes cæteras fieri adiectione loci arbitrarias. Sic.n. Bartolus *ad l.si heres 5.D.de eo quod cert.loc.* Nulla tamē propria ratione motus, nulliúsq; legis authoritate, sed quatuor tantùm illis exemplis actionū, Ex stipulatione, Ex mutuo, Ex testamēto, Ex cōstituto. Nisi quod addit Bartolus, rationē quę induxit necessitatē actionis arbitrariæ, & quam adfert Caius *in l.1.eo.* esse generalē, nec minùs ad omnes cæteros cōtractus qui stricti iuris sunt si in iis locus adiectus sit, quàm ad stipulationē pertinere, Nēpe quòd si strictā iuris rationē inspicias, quæ in eo contractuū genere sola dominatur, fieri non possit vt alio loco quis cōueniatur, quàm in quē solutio collata sit. Ita enim haud dubiè Caij rationē Bartolus intelligit, & hoc primùm malè: Cùm vt iam docuimus non illū casum tractet Caius, quo locus adiectus sit causa solutionis, sed quo gratia obligationis. Ideò enim sic loquitur, *Alio loco quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset*, non quomodo Bartolus explicat *Alio loco quàm in quo solui quisque stipulatus esset*. Prior locutio substantiā obligationis respicit, Posterior facultatem solutionis. Atqui non est verum in cæteris contractib. strictis extra causam stipulationis adiici solere aut posse locū obligationis potiùs quàm solutionis gratia, cùm eorū substantia ex aliqua re alia pendeat, cuius partem aliquam facere locus non potest, Si excipias legata, nec ea quidē omnia, sed illa tantùm quæ damnationis modo relicta sint ita vt obligatio ipsa legati non solutio collata fuerit in certum locū, vt superiore capite docuimus. Cùm enim pecunia mutua data est ea lege vt certo loco reddatur, iā nata obligatio est ex ipsa numeratione priusquàm de loco quicquam conueniat. Et consequenter adiectū posteà locum necesse est dicere non nisi solutionis causa adiectū fuisse: ac proinde ex ea adiectione arbitrariam fieri numquam posse, ne tum quidem cùm de stipulatione agitur, Multò minùs si de mutuo *l.heres absens 19.§.vlt. D.de iudic.l.qui Romæ 122.in princ. De verb. obliga.* Nisi cùm agitur de mutua pecunia certo loco reddenda, Ob illam diuersitatis rationem quam in præcedentibus attulimus, *ad l.aut mutua 6.D.de eo quod cert. loc.* In cæteris contractibus strictis res apertior est, Nondum loquor de constituto. Nec enim constitutum contractus est, sed pactum nudū ex quo tamē Prætor singulari quadam ratione & contra regulam iuris Prætorij dat actionem, vt ex pacto pignoris quasi Seruianam. Quibus postea Theodosius addidit pactum adeóque pollicitationem De dote *in l. ad exactionem 6. Cod.de dot. promiss.* & Iustinianus pactum & pollicitationem donationis *in l.si quis argentum 35. §.vltim Cod.de donat.* Loquor iam de contractibus innominatis, qui si non semper, certè vt plurimùm & sui natura sunt stricti iuris, Et in quibus adiici locum nihil prohibet, vt putà si dem tibi Stichum vt mihi des Pamphilum Capuæ, aut, si dem tibi Pamphilum vt pro me pingas Romæ tabulam. Est enim primus contractus Do vt des, Secundus Do vt facias. Idémque in aliis duobus tractari potest Facio vt des, & Facio vt facias: Putà si pro te pingam tabulam vt mihi des

centum Capuæ, Aut si eam pro te Romam vt mihi pingas Lugduni tabulã. Quibus omnibus casibus negari certè nō potest quin locus obligationis causa adiectus sit non solutionis. Et tamen quis dicat ex huiusmodi contractibus posse nasci actionem arbitrariam? Nam siue dicas, Ex contractu Do vt des nullam aliam actionem nasci posse quàm cōdictionem ob rem dati re non secuta, vt plerique putant *ex l. vlt. D. de cond. cauf. dat. l. 1. in fin. D. de rer. permut.* Siue potiùs actionem præscriptis verbis ad id quod interest, si hoc malit is qui dedit quàm rem suam condicere *ex l. naturalis 5. §. 1. De præscript. verb. l. cùm precibus 4. C. de rer. permut.* Nulla certè ratio aut necessitas subest inducendæ arbitrariæ, Cùm per actiones istas aliud petatur quàm quod certo loco dari debuit. Certúmque sit nō magis condictionem ob rem dati re non secuta posse arbitrariam esse quàm condictionem indebiti, quæ numquam talis est *l. qui loco certo 27.* iuncta *l. in summa 65. De cond. indeb.* Neque ob id magis arbitrariæ iure censeri posse actionem quæ datur ad id quod interest ob hoc quod suo loco datum factúmve non sit quod dari fieríve oportuit, quàm si locus in contractu nullus adiectus fuisset, quia non eo minùs verum est, nullum, quantum ad id quod interest, adiectum fuisse, Ideóque posse id peti quocunque loco inueniatur debitor, & quidem directa actione, Sicut cætera omnia quæ purè, ac citra vllius loci adiectionem debentur *l. eum qui insulam 43. D. de iudic.* Nec aliud in cæteris contractibus innominatis iuris est, Ex quibus scilicet agitur semper præscriptis verbis ad id quod interest *dict. l. naturalis §. at cùm do, & §. sed si facio.* Excepto contractu Facio vt des. In quo genere si postquàm feci, cessas dare, nulla est ciuilis actio sed tantùm De dolo datur *§. quòd si faciam ead. leg.* Quæ actio de dolo sanè arbitraria est, At non quia ex eo contractu nascatur, sed quoniam semper & sui natura est arbitraria *§. præterea. Institut. de action. l. arbitrio 18. D. de dolo.* Arbitraria inquam, non tanquam actio De eo quod certo loco, sed tanquam actio De dolo. Nullus igitur cōtractus innominatus est ex quo possis dicere nasci arbitrariam actionem De eo quod certo loco, tametsi ponas adiectum esse in contractu locum. Et sanè si ius ita esset, debuerant Iureconsulti scribere generaliter, Arbitrariam actionem fieri per adiectionem loci ex quocunque contractu stricto debeatur, non se restringere ad casus illos speciales, Si stipulatio illa interposita sit *Centum Ephesi dari l. 1. & 2. §. 1. D. de eo quod cert. loc.* Si heres à testatore damnatus, & iussus sit rem aliquam certo loco dare *dict. l. si heres 5. eod.* Aut denique si mutua pecunia sic data sit vt certo loco reddatur *d. l. l. aut mutua.* Quid enim hoc aliud est, quàm monere non esse aliis casibus arbitrariam actionem quæ ex contractu stricto proficiscatur? Nec sumi argumentum pro Bartolo potest ex eo quod subiicitur *in l. in bonæ fidei 7. eod.* in bonæ fidei iudiciis etiamsi conuenerit de aliqua re certo loco præstanda, bonę fidei actione agendum esse non arbitrariâ. Non enim ita Paulus scripsit, quasi ex contrario senserit. In contractibus igitur, qui stricti iuris sunt, semper inducendam esse arbitrariam, Sed quia inter bonæ fidei & stricti iuris contractus differentia illa est, quòd ex strictis potest aliquando nasci arbitraria, Iis scilicet casibus quos proximè retulimus, Ex illis verò numquam. Neque rursus moueri Bartolus debuit ex generalitate Tituli *D. de eo quod certo loco,* & *Tit. Cod. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promis.* Non tam enim ex Rubrica vt vocant argumentum ducendum est, quàm ex legibus, quæ Tituli sententiam explicant apertiùs & declarant. Alioqui eodem argumentandi genere possis inferre, Non minùs ex bonæ fidei quàm ex stricti iuris contractibus arbitraria agi posse, si sufficiat vt conuenerit aliquid certo loco dari, quod

quod tamen falsum esse nec Bart.ipse diffitetur. Probabilius posset quis argumẽtari pro Bart. ex eo quòd valde generaliter scriptum est *in l.vnic.C.vbi conuẽ.qui cert,loc.dar.promis.* Eum qui certo loco sese soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, etiam in alio loco posse conueniri. Quibus verbis videtur etiam Imper. Alexander innuere, contrà quàm à nobis disputatum sit in præcedentibus, Nihil referre an obligationi locus dictus sit an solutioni, cùm negari non possit quin ad solutionem referantur verba illa *sese soluturum pecuniam obligat.* Sed tamen dicendum est, Imò verò ad obligationem referri licet solutionis mentionem faciant, quia nec obligatio ipsa diffiniri, aut intellectu percipi potest quin ad solutionem tanquam ad effectum suum referatur. Cùm nihil aliud sit quàm iuris vinculũ quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, vt in Institutionibus Iustinianus diffinit. Tunc igitur solutionis causa locum adiectum esse intelligimus, non cùm quis certo loco soluturum se obligauit, sed cùm quis post obligationem sine loci adiectione quoquomodo contractam, locum adiicit expressim solutioni vt euenire diximus in omnibus contractibus strictis in quibus obligatio nascitur ex traditione & numeratione, & ex quibus potest agi præcisè ad hoc vt quod promissum est præstetur. Item in stipulatione, si quis stipulatus sit, non simpliciter *centum Capuæ dari* sed *centum soluenda Capuæ* vt *in l.qui Romæ* 122.*in princ.De verb.oblig.l.si vt proponitur* 61. *D. de fidei-ss.l.quæro* 100. *De solut.l.heres absens* 19.*§.vlt.D.de iudic.* Idque apposite Caius noster videtur expressisse *in d.l.*1.*D.de eo quod cert.loc.* iis verbis, *Alio loco quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset.* Est enim longè aliud stipulari quẽ in locum certum, Aliud verò stipulari quid soluendum certo loco. Prior locutio significat locum obligationis quoque causa adiectum, Posterior verò non nisi solutionis, vt intelligamus priore tantùm casu nasci arbitrariam actionem De eo quod certo loco, non etiam posteriore. Sed multò minùs ferri illud potest quod pro tuenda sua opinione addit Bartolus generalem esse rationem qua mouetur Caius *in d.l. l.* 1. & ad omnes contractus strictos pertinere ex quibus certo loco solui quid oportet. Nam cùm verissimum sit, quod probauimus sic intelligi debere Caij rationem, vt necesse fuerit inducere arbitrariam vtilem actionem, quòd non posset conueniri promissor alio loco quàm qui in stipulatione obligationis causa adiectus fuisset, Perinde est ac si diceret Bartolus, In omnibus contractibus etiam strictis locũ adiici semper obligationis causa, quod sanè per quàm euidenter falsum est. Error igitur magnus iste est interpretum, qui Bartoli sententiam secuti putant, ex quolibet contractu stricto posse per loci adiectionem fieri actionem arbitrariam. Sed grauior ille, quòd putant actionem ipsam strictam, id est quæ sui natura stricta sit fieri ex postfacto & per accidens, arbitrariam. Arbitrariæ nãque actiones cùm toto genere differant à strictis, necesse est vt vel ab initio tales sint, vel numquam. Constituunt enim tertiam speciem actionum ab iis quæ stricti iuris, non minùs quàm ab aliis quæ bonæ fidei sunt differentem, ita vt non minùs verum sit dicere arbitraria iudicia non esse stricta, quàm è conuerso iudicia stricta non esse arbitraria si Papiniano credimus *in l.* 3. *§.in his quoque iudiciis D. de vsur.* Stricta nullam prorsus bonæ fidei rationem admittunt, quam arbitraria admittunt. Actiones strictæ licèt possint esse non tantùm directæ sed etiam vtiles, vt cernere est in illa vtili actione ex stipulatu, de qua *in l.mora* 32.*in fin.D. de vsur.* semper tamen strictæ sunt, & ex iure stricto æstimandæ numquam ex æquitate. At arbitraria nulla esse potest quin æqui & boni rationem haberi oporteat *d.§.præterea Inst.*

de action.l.2.§.vlt.l.4.§.1. De eo quod cert.loc. Nec quòd actio ex stipulatione De eo quod certo loco dicitur vtilis *in d.l.1.eod.* eam tãtùm causam habet quòd directa nõ sit, nec esse possit, sed illam potissimùm, quod inducta sit ex æquitate: Vnde etiam dicitur & est arbitraria. Denique arbitrariæ actiones non tam nascuntur ex contractibus, quomodo nascũtur omnes quæ sunt vel bonæ fidei vel stricti iuris, quàm ex natura & æquitate negotiorum, Et ideò non quemadmodum dicimus tres esse species actionum, Vnam earum quæ sunt bonæ fidei, alteram arbitrariarum, quæ ad actiones bonæ fidei propiùs accedunt, Tertiam earum quæ sunt stricti iuris *d.§.in his quoque, & §.actionum* iunct. *dict. §. præterea Inst. de action.* Ita & tria dicimus esse cõtractuum genera, Nulli enim contractus sunt arbitrarij, sed omnes vel bonæ fidei, vel stricti iuris. Indéq; fortassis factũ est vt Iustinianus *in d.§.actionum* diuiserit actiones in bonæ fidei & strictas, nulla arbitrariarum mentione facta, De arbitrariis autem separatim tractauerit *in d. §.præterea,* Nempe quòd actiones omnes quæ ex contractibus nascuntur aut ex quasi contractibus necesse sit vel bonæ fidei esse, vel strictas, nullas arbitrarias. Non autem vt quidam autumant, quòd strictarum appellatione possint cõprehendi arbitrariæ, tanquam quę ex strictis fiant. Id enim si ita esset, vtiq; debuisset Iustinianus strictas subdiuidere in eas quæ semper strictæ manerẽt, & alias quæ ex strictis degenerarent, vt ita dicam in arbitrarias, Quod tamen ab eo non ita factum est. Separat enim tractatum de actionibus arbitrariis *in d.§.præterea,* quasi nihil commune habentem cum cæteris.

ERROR SEXTVS.

De actione quam dicunt arbitrariam ex constituto Ad l.si duo 16. §. 1. D. de pecun. constit.

IAM verò quòd Bart. & alij volunt actionem quoque de constituta pecunia quæ sui natura stricta est, esse arbitrariã si locus cõstituto adiectus proponatur *ex d.l.si duo 16.§.1.D.de pecun.constit.* æquè falsum est, & apertiùs ex illo ipso loco quàm ex alio vllo refellitur. Quid enim ibi Vlpianus? Hoc vnum duntaxat, Eũ qui certo loco constituerit, non solùm eo loci in quem constituerit, posse conueniri, sed etiam vbique *exemplo* inquit *arbitrariæ actionis.* Non igitur per arbitrariam. Non enim esset actio ad exemplum arbitrariæ danda, quæ ipsa esset arbitraria. Cùr verò non est arbitraria? An quia constituti natura eã patiatur interpretationem, vt quod certo loco constitutum est, quocunque loco constitutum videatur? Minimè. Est enim constitutum stricti iuris non minùs quàm stipulatio, ac proinde actio De constituta pecunia nõ minùs quàm actio ex stipulatu, Proximè namque accedit constitutum ad stipulationem vt cætera pacta omnia, nec differt ferè nisi animo constituendi & stipulandi *l.iuris gentium 7.§. quinimò D.de pact.* Adeò vt dubitatum sit, An is qui inutiliter stipulatus est, cùm stipulari voluerit, non cõstitui sibi, possit de constituta experiri *l.1.§.eum qui De const.pecun.* vbi tamen Vlpianus negat posse, Et meritò, quia non cõstituẽtis sed promittentis animo id factum sit. Consequens igitur est vt non magis directa actione De constituta pecunia conueniri possit constitutor alio loco quàm in quẽ constituit, Sicuti nec directa ex stipulatu actione si stipulatio interuenisset, conueniri

conueniri posset. Illa tantùm dubitatio remanet ex qua interpretes euoluere se non potuerunt. Cur ergo non sit necessaria actio arbitraria ei,cui constitutū est certo loco vt alio quolibet loco experiri possit.Dicendum est,ideò non esse arbitrariam necessariam De eo quod certo loco, quoniā actio De constituta pecunia cùm sit prętoria licèt nascatur ex pacto,potestatem suam totam recipit ex mente & intentione Prætoris,vt de stipulationibus prætoriis,quarum interpretationem dicimus esse Prætoris eiúsque mentem æstimandam esse *l. in prætoriis 9.De stipulat.præt.l.in conuentionalibus* 52. *De verb.oblig.* Est enim ex Prætoris humanitate vt contra ipsas iuris non ciuilis tantùm sed etiā prætorij regulas pactum hoc De constituta pecunia pariat actionem, Vt & pactum de pignore, ex quo dat ille Seruianam & quasi Seruianam,quam vocant hypothecariam, Propria quadam ratione in vtroque pacto, sed illa potissimùm in constituto, quòd graue sit fidem fallere *d.l.* 1.*in princip.* Cùm igitur arbitraria quoq; actio De eo quod certo loco sit prætoria, nec directa sed vtilis,totáque inducta & pendens ex æquitate, Quid vetat quominùs Prætor eâdem æquitate motus det actionem De constituta pecunia constitutario ad agendū etiam alio in loco quàm in quē fuerat constitutum?Nam si nec alia ratio est vt qui ex contractu aliquo bonæ fidei obligatum habet aduersarium ad dandum certo loco,non indigeat arbitraria,sed contentus esse debeat iudicio bonæ fidei *d.l.in bonæ fidei*,quàm quia sufficiat æquitas iudicij vt etiam alio loco peti possit,propter verba illa *ex bona fide* quæ in formulis iudiciorum omnium bonæ fidei addi solebat, vt omnium elegantissimè probat responsum Pauli *in l.quæro* 60.*D.locat.*Quidni sufficiet æquitas Prętoris ad dandam actionē De constituta pecunia vt alio loco agatur quàm in quem constitutum fuit?Præsertim cùm vt diximus tota ratio concedendæ & inducendæ illius actionis De constituta pecunia pendeat ex fide bona *d. l.* 1. *ill. tit.* Non quasi hæc actio sit bonæ fidei, cùm neque inter cæteras, quæ bonæ fidei sunt enumeretur *in d. §. actionum*, & constitutor simillimus sit fideiussori, nisi quòd citra stipulationem obligatur non etiam fideiussor *leg. blanditus* 12. *Cod. de fideiuss.* adeò vt nec debeat vsuras *l. Titius* 24. *De pecun. const.* quia scilicet non debentur sine stipulatione *l.Titius* 24. *De præscript. verb. l.* 3. *Cod. de vsur.* Sed quia ex bona fide est vt dari debeat, quamuis data non habeat bonæ fidei præstationes. Alioqui non esset cur Prætor eam daret exemplo arbitrariæ actionis si esset illa bonæ fidei, Sicuti nec ad exemplum arbitrariæ competunt bonæ fidei actiones etiam cùm alio loco agitur quàm in quem collata fuerat obligatio,sed vi & potestate ipsius iudicij quod sua natura bonæ fidei est *dict. l. in bonæ fidei.* Est igitur valde proprium & speciale ius actionis istius De constituta pecunia quam dat Prætor vt quod certo loco constitutum est vbique peti possit, quod quamuis neque arbitraria sit, neque bonæ fidei, tamen ad exemplum arbitrariæ actionis vbique potest exerceri habita tamen loci ratione, & æstimata alterutrius vtilitate, Nempe ita faciente eadem æquitate Prætoris, quæ bonæ fidei tuendæ gratia actionem illam induxit.

ERROR SEPTIMVS.

De rei vindicatione directa sitne arbitraria.

VULGARES interpretum vulgarium errores refutauimus in iis quæ proximè à nobis disputata sunt circa actionem arbitrariam De eo quod certo loco. Nunc pro iisdem interpretibus aut pro ipsa potius iuris ratione pugnandũ nobis erit contra recentiores quosdam, quibus in mentem venit vt dixerint, quod ante tempora nostra nemo dixerat, Directam & ciuilem rei vindicationem non esse arbitrariã. Non offendor quòd ingenij sui acumen in noua opinione excogitanda probãdáque exercuerint. Quid enim laudis & dignitatis Iurisprudentiæ nostræ possit vnquam accedere si non ab ingeniis felicioribus nõ solùm excolatur, sed etiã quotidie, vt Pomponius noster dicebat, *in l.2. De orig. iur.* in melius producatur? Sed miror tamen adeò improbabilem opinionẽ tam magnis Iureconsultis & in mẽtem venire, & placere potuisse. Nimirum coegit eos vt in hoc absurdum præcipites laberentur, primus ille error iam in superioribus refutatus, quòd vt nouam actionum arbitrariarum naturã inducerent, quã non minùs ex edicto Prætoris quàm ex actionis formula pendẽre voluerũt, nõ alias admittere possunt arbitrarias, quàm quæ sint Prætoriæ, quasi nũquã licere debeat iudici partes arbitri sufficere, nisi cùm idipsum ei Prætor nominatim permisit, nec rursus Prætori id concedi debeat vt eam iudici facultatem præstet, Nisi cùm edicti verba vt ita fiat patiuntur, & vt fieri debeat præscribunt. Huic enim errori consequens ille fuit, Vt vindicationem ergo arbitrariam esse negarent quam affirmare nõ poterant esse prætoriam cùm nemo dubitet quin sit ciuilis, tanquam quæ inducta fuerit ex lege duodecim tabularum. Quod aiunt, Nõ licere iudici vt arbitri partibus fungatur nisi mandante ei Prætore, verum quidem est quia iudex datus nullam habet notionem, nisi quam & qualem Prętor ei dederit per formulam actionis, Sed falsum quod addunt non potuisse Prætorem id mandare iudici nisi quibus casibus ex verbis alicuius edicti facere iuberetur. Quis enim Prætorum edicta composuit, nisi Prætores? Quis iudiciorum formulas & actiones, nisi illi ipsi qui iudicia dictabant, Prætores? Fateor Iureconsultorum præcipuè opera & diligentia in eam rem vsos Prætores fuisse, quorum primum ac præcipuum munus illud fuit, vt actionum formulas conciperent, ita ne quid absque illorum consilio & authoritate fieret, Sicuti nec dubitandum est quin Prætores in concipiendis edictis eorum opera & arte vterentur, tandémque ex omnibus illis tot Prætorum edictis vnum edictum illúdque perpetuum à Iuliano Iureconsulto iussu Imperatoris Hadriani compositum fuisse constat. Sed quis inde rectè inferat, Non potuisse Prætores formulas actionum pro arbitrio dictare, etiam de iis rebus, de quibus non edicto, sed lege aliqua, vel senatusconsulto cautum esset? Alioqui si Prætorias duntaxat actiones pro arbitrio concipere Prætores poterant, neque tamen has ipsas pro arbitrio, sed eâ formâ seruatâ, quam edicti verba præscribebant: Quæro, Cuius igitur erat ciuiles actiones dare, puta hanc ipsam de qua disputamus directam rei vindicationem confessoriam, negatoriam De seruitute, Noxales ex lege duodecim tabularum descendentes, & alias huiusmodi si quæ sunt ciuiles eæ denique arbitrariæ [quod tamen de noxalibus non admittimus.] Leges enim siue duodecim tabularum siue aliæ posteriores, actionum quidem ciuilium iura interdum etiam nomina induxerunt, sed formulas nullas proposuerunt, quibus adstrictos voluerint Prætores aliósque Magistratus, ad quorum officium pertinet eas quoque actiones petentibus dare quæ ex legibus, & iure ciuili competunt, perinde atque illas quæ ex mera iurisdictione proficiscuntur. Tam ergo potuit Prætor in for-

in formula directæ rei vindicationis addere verba illa *neque arbitrio tuo res restituetur* quàm in formula Publicianæ, de qua nec isti dubitant quin sit arbitraria, cùm inter arbitrarias primo loco enumeretur à Iustiniano *in §. præterea Instit. de action.* Non est igitur bonum argumentum illud, quo isti primùm vtuntur vt probent vindicationem directam non esse arbitrariam, quòd inquiūt, ciuilis sit non prætoria. Nam & confessoriam actionem De seruitute & negatoriam quæ omnes vindicationes ciuiles sunt, itémque noxales actiones ex lege 12. tab. introductas, perinde tamen arbitrarias esse ostendemus in sequentibus. Sed nec illud me valde mouet quòd aiunt *in d. §. præterea*, vbi non multæ ac variæ arbitrariarum actionum species enumerantur, nullam fieri mentionem directæ & ciuilis vindicationis, quam tamen si arbitraria esset primo loco poni oportuerat, tanquam digniorem, præsertim cùm non prætermiserit Iustinianus Publicianam, quæ non nisi ad exemplum directæ vindicationis introducta fuit à Prætore *l. 1. & pass. D. de Public. in rem action.* Nam vt prætermittam sufficere quòd arbitrariarum actionum definitio generaliter proposita *in d. §. præterea* conueniat vindicationi ciuili, non minùs quàm prætoriæ id est Publicianæ cæterísque actionibus in eodem §. enumeratis, vt mox probabimus, Itémque quòd vindicatio ciuilis, quæ prima & potissima est omnium in rem actionum generalibus illis verbis comprehendi possit *tam in rem quàm in personam*. Dico non id egisse Iustinianum *in d. §. præterea*, vt omnes actiones arbitrarias enumeraret, quomodo enumerauerat omnes actiones bonę fidei in *§. actionum*, sed vt aliquas, & quidem eas quæ specialiore nota dignæ videbantur, quòd minùs essent cognitæ, Inter quas certè non erat vindicatio ciuilis, de qua nemo vnquam dubitauerat, nec dubitare potuerat, quin esset arbitraria: Quænam enim esse posset si illa non esset? Idque manifestissimè probo ex eo quòd cùm initio §. in definiendis actionibus arbitrariis etiam noxalium actionum meminerit iis verbis *vel ex noxali causa seruum dedat*, noxales tamen actiones in afferendis exemplis prætermisit licèt de iis non dubitauerit quin noxales essent, quod tamen nos in sequentibus refellemus. Item ex eo quòd post enumerata nonnullarum exempla subiicit generaliùs, *In his enim actionibus & cæteris similibus*, vt significet, Si de aliqua actione dubitetur an sit arbitraria non tam illud inspiciendum esse an in eo §. enumerata sit, quasi ducto argumento à sufficienti partium enumeratione, quale nostri deducunt *ex d. §. actionum*, cùm disputant de actionibus bonæ fidei, quàm vtrū ea actio de qua dubitabitur similis sit an dissimilis, Vt si similem esse cōstabit, nec dubitari oporteat quin sit arbitraria. Atqui nulla est Publicianæ similior quàm directa rei vindicatio, Nisi potiùs dicendum est, Publicianam simillimam esse directę vindicationi, cùm Vlpianus scribat, *in l. sed etsi 7. aliàs l. eum qui §. in Publiciana De public. in rem act.* quòd etiamsi non scripsisset, negare tamē nemo posset, In Publiciana actione omnia eadem esse, quę in rei vindicatione directa & ciuili. Quomodo igitur fieri potest vt Publiciana actio sit arbitraria, vindicatio non sit? Nam quòd illi obiectionem hanc sic eludunt, vt dicant, Non magis bonam esse consecutionem, quàm si quis inferret, Vtramque igitur actionem esse directam & ciuilem, quòd vna sit directa & ciuilis. Aut vtramque vtilem & Prætoriam quòd altera & vtilis sit & prætoria, quasi differant genere ipso siue origine & causa: Pręstationibus verò & reputationibus, & regula ipsa æquitatis non differant. Hoc inquā totum leue est, ac parum subtile. Directas enim ab vtilibus, itémq; ciuiles à prętoriis sola origo & causa distinguit, quia ciuiles, & directę ipso iure competūt,

id est ex mera iuris ratione, Prætoriæ verò & vtiles non nisi ex æquitate cùm iuris ratio summa deficeret introductæ sunt à Prætore. Directæ ideò dantur, quia competunt, Vtiles non competunt nisi quia & quatenus dantur. Cæterùm effectu & potestate non differũt, eundémque iuris effectum habent *l. actio* 47. *D. de negot. gest.* At bonæ fidei actiones à strictis, & vtrasque ab arbitrariis, sola qualitas natura, & æquitas negotiorum distinguit, quòd quædam sint negotia eiusmodi quæ rationem æquitatis nullam possint admittere, vt stricta, Quędam verò, quæ æstimanda sint omnia ex æquitate & bona fide, sed tamen in quibus nullum sit necesse arbitrium præcedere, ad hoc vt vel absolutio sequi possit vel condemnatio, cuiusmodi sunt iudicia omnia bonæ fidei, Alia denique, in quibus ratio quidem æquitatis haberi potest & debet, sed quantum ad arbitrium quod præcedere debeat condemnationem aut absolutionem, non etiam quantùm ad ipsam condemnationem, Et ista sunt quæ arbitraria appellantur: Differunt autem hæc omnia iudicia inter se potissimùm præstationibus, reputationibus, & regula ipsa æquitatis, magis quàm origine & causa. Nihil enim vetat ex eodem genere actionum siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, siue arbitrariæ alias esse ciuiles, alias arbitrarias, vt quæcunque sunt eiusdem potestatis & effectus, eodem quoque iure & genere censeantur. Eiúsque rei exemplum illustre est in noxalibus actionibus quæ cùm sint constitutæ aliæ ex legibus, vt furti ex lege duodecim tabularum, & damni iniuriæ ex lege Aquilia, Aliæ ex edicto Prætoris veluti iniuriarum, & Vi bonorum raptorum, vt Iustinianus docet *in §. sunt autem Inst. de noxal. action.* omnes tamen perinde noxales sunt, & perinde arbitrariæ si Triboniano credimus *in d. §. præterea*, quia & eandem naturam omnes habent vt si ex qualibet istarum causarum seruus noxæ non dedatur arbitrio iudicis, tùm demùm sequi condemnationẽ oporteat: Quidni ergo idem dicemus de vindicatione qualibet, siue sit illa ciuilis, siue honoraria, vt omnes sint arbitrariæ, cùm sint omnes eiusdem effectus & potestatis? Si enim verum est quod coguntur aduersarij fateri, & in quo probando diutiùs ideò non immorabimur, tam in directa vindicatione, quàm in Publiciana eãdem esse rationem æstimationis & restitutionis fructuum, omnísque causæ, Eadem cõstituenda esse de dolo, de culpa, de fortuito casu, de periculo rei post moram, De bonæ & malæ fidei possessore, De impensis factis, De damno dato, Denique de toto arbitrio iudicis, déque litis æstimatione. Quæro quid esse potest tanti momenti in quo differant propter quod Publiciana actio possit & debeat esse arbitraria, ciuilis autem & directa rei vindicatio nõ possit? Præsertim verò cùm iidem fateantur, quod etiam verissimum est, ideò in vtraque actione cętera omnia supradicta esse similia, quia sit eadem in omnibus ratio æquitatis. Quid enim dissimiles facere actiones potest ratione arbitrij quod totum ex æquitate pendet, si eandem penitus æquitatis rationem habeant, easdémque per omnia præstationes? Habeant quantùm voles, diuersa nomina, Habeant etiam diuersam originem & causam. Nego tamen posse fieri vt diuersam habeant naturam, si admittas cum aduersariis esse illas eius naturæ, vt & rationem æquitatis recipiant, & paris potestatis æquitatem. Nego etiam posse fieri, vt ex duabus actionibus quæ sint eiusdem æquitatis & potestatis, vna sit, altera non sit arbitraria. Quis enim vnquam dixit, actiones bonæ fidei similes esse arbitrariis, aut arbitrarias strictis? Possunt quidem habere omnes aliquid simile vt in fructibus à die litis contestatæ aut rei iudicandæ præstandis, vt *in l. 3. §. in his quoque l. videamus* 38. *§. si actionem D. de vsur.* At vt habeant omnia similia, fieri certè nullomodo

quomodo potest. Alioqui cur eas distingueremus classe & genere, in ea maximè distinctione quæ non ex origine pẽdeat sed ex negotij natura,& qualitate? Aut si qua sit actio stricta quæ possit dici eiusdem potestatis & naturæ cuius est arbitraria, quomodò volunt isti se habere vindicationem directam & ciuilem in comparationem Publicianæ, cur vnam dicimus strictam, alteram arbitrariam, ac non potiùs,vel strictam vtramque,vel vtramque arbitrariam?Cùm verò nec illud negare possint, Actiones omnes aut strictas esse aut bonæ fidei aut arbitrarias, quærerem ab iis perlibenter si directa & ciuilis vindicatio arbitraria non est, An ergo strictam velint dicere, an bonæ fidei. Vtique non admittent, opinor,esse illam bonæ fidei,cùm non ex aliquo contractu nascatur,in quo dari aliquid vel fieri promissum sit, & in cuius executione bona in fidem præstari oporteat *§.1. Inst.de action.* sed ex præsenti possessione *l.non aliàs 24. §.sed si postulatur D. de iudic.* An igitur strictam esse fatebuntur? Inclinant quidem subobscurè in hanc sententiam sed apertè profiteri, & adfirmare non audent: Nec sanè etiamsi audeant,ratione tamen vlla probabili possint. Strictas enim actiones dicimus, non eo modo quo arbitrarias, quæ ex nullis contractibus nascuntur,sed eas demùm quæ ex contractibus stricti iuris, aut saltẽ ex delictis si quis fortè actionem furti aliasque similes strictas dicere velit. Vbi ergo neque contractus vllus,neque delictum vllum est, ibi neque actio stricta vlla esse potest. Non magis ergo potest directa vindicatio dici actio stricta quàm bonæ fidei. Et consequenter fatendum est, vt à sufficienti partium enumeratione argumẽtemur,meliùs quàm contra nos aduersarij,esse illam arbitrariam, Aut quartum alioqui genus constituendum earum actionum, quæ nec bonæ fidei sint, nec strictæ,nec arbitrariæ:quod nemo adhuc dixit,aut vnquam nisi absurdè & ridiculè dicet. Tum verò quid est, obsecro,quod mouere istos debeat vt negent vindicationem ciuilem esse arbitrariam? Quia, inquiunt, nullum in ea iudicis arbitrium interuenit de re restituenda, quod sententiam præcedat, quale illud esse oportet ex quo arbitrariæ omnes æstimantur.Bene est quod non negant in directa rei vindicatione agi de re restituenda: Quia enim si onte negarent,quod tam apertè scriptum est tam multis iuris locis *l.officium 9.& seq. l.Iulianus 17. in princip.& §.1.l. qui restituere 68.& pass.tot.tit. D.de rei vindic.§.1.Inst.de offic.iudic.*Sed neque negãt fieri debere illam restitutionem rectè, id est arbitratu Iudicis & boni viri.Nam & id scriptum est *in d.l.qui restituere in fin.* vbi quod de vindicatione directa dictum fuerat protrahitur generaliter ad actiones omnes ex quibus arbitratu iudicis restitui quid oportet. An non verò id ineptè si non esset vindicatio quoque ex earum actionum numero in quibus arbitratu iudicis restitutio fit? Quod & Iustinianus cuius sanè tota illa lex est confirmat euidentiùs *in dict.§.1.Inst.de offic.iudic.* vbi ait,si in rem actum sit coram iudice, siue contra petitorem iudicauerit absoluere debere possessionem, siue contra possessorem iubere ei debere vt rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget se in præsenti restituere posse, & sine frustratione videbitur tẽpus restituendi causa petere, indulgendum ei esse, vt tamen de restitutione caueat cum fideiussore si intra tempus quod ei datum est non restituerit. Obseruandũ enim est quod primùm ait Iustinianus si contra petitorem iudex pronunciauerit, absoluere eum debere possessorem, scilicet eâdem illâ sententiâ qua pronunciat rem non esse petitoris.Quid enim aliud faciendũ superesse potest,propter quod vel impediri,vel differri possit absolutio?Nullus siquidẽ arbitrio locus aperiri potest,cùm apparuit rem non esse petitoris. At si pro petitore iudex

pronunciauerit Rem scilicet petitam esse petitoris, neque absolutioni locus adhuc vllus esse potest, neq; condemnationi. Non absolutioni, quia cùm pro petitore iam pronunciatum sit qui proinde summoueri amplius nequit, condemnari certè potiùs deberet possessor quàm absolui, neque tamen condemnationi, quoniam actionis formula quæ condemnandi non tantùm facultatem præstat iudici, sed etiam necessitatem iniungit duas habet condemnationes quas omnes impletas esse necesse est priusquàm ad condemnationem perueniri possit. Prima est *si paret fundum illum quem Publius Mæuius possidet Lucij Titij esse*, Altera in iis verbis quæ nec aduersarij negant in formula vindicationis ciuilis addi solita fuisse *neque illum P. Mæuius Lucio Titio restituet* [cõsulto enim illa prætermittunt *arbitratu tuo* aut *arbitrio tuo*, quæ tamen etiam si omissa sint subintelligi necessariò possunt, & debent.] Prima condicio impletur per pronunciationem illam iudicis, qua declarat, Videri fundum de quo agitur esse Titij petitoris. Nec enim priùs ita pronunciat quàm de tota illa facti quæstio cognouerit quæ priùs agitanda fuit, cuius esset fundus. Quo declarato iudicasse quidẽ iudex dicitur qui sic pronunciauit, cum dominij quæstionem in qua status causæ vertebatur definierit, sed nondum tamen officio suo functus esse, cùm nondum fecerit quicquid per formulam Prætoris facere iussus est, quandiu non cõdemnauit, quæ extrema est pars formulæ. Ergo alteram quoq; formulæ condicionem impleri oportet vt ad condemnationem perueniatur. Ea verò tunc impletur cùm post illam pronũciationem Publius Mæuius iam victus in quæstione dominij fundũ tamen quem possidebat nondũ restituit. An autem videri potest in mora esse restituendi, & ita impleta condicio non restituendi, ob hoc ipsum quod statim atque victus est non restituerit? Minimè verò. Nam post primam illam sententiam iubendus est à iudice vt restituat, idque maximè ad officiũ iudicis pertinet, vt Iustinianus docet iis verbis *iubere ei debet vt rem ipsam restituat cum fructibus*, & *in d.l. qui restituere in princip. qui restituere iussus iudici non paret.* Quid enim velles imputare etiam illi qui victus est, cur nondum restituerit eam rem quam nec restituere adhuc iussus est? Prima siquidẽ pronunciatio nihil aliud continet, nisi quod diximus, Videri rem esse petitoris. An non potiùs esset stultus petitor qui expectaret vt restitutionẽ rei victus imperaret sibi ipsi, quam iudex nondũ imperasset? At neq; statim post imperatam restitutionem cõdicio ista posterior impleta videri potest, sed tum demùm cùm tempus præteriit, quod à iudice fuit præstitutum ad faciendam restitutionem. Quo elapso fateor posse iudicem procedere ad condemnationem, quasi iam impleta vtraque formulæ condicione, Sed tamen illud quoque verum est, Etiam post moram in restituendo factam liberum esse possessori satisfacere, & arbitrio parere si grauiorem condemnationem euitare velit: quod cæteris quoq; arbitrariis omnibus commune est *l. item si cùm* 14. *§. hæc autem actio D. quod met. caus.* vbi ait Vlpianus id obtinere in actione Quod metus causa nõ speciali quodam iure, sed generali illa ratione *cùm arbitraria sit*. Cæterùm nec sufficit vt rẽ restituat ante condemnationem nisi *rectè* restituat *l. hæc verba* 73. *De verb. sign. l. ipsi quoque* 19. *D. de rei vindic.* Quid verò aliud est *rectè* quàm arbitrio boni viri? *d. l. hæc verba* iunct. *l. restituere* 35. & *l. aliud est* 71. *§. vlt. eo.* Nam & generale illud est vt omnis qui defenditur, boni viri arbitratu defendendus sit, nec boni viri arbitratu litẽ defendere videatur is qui actorẽ frustrando efficit ne ad exitũ controuersia deducatur *l. pen. & vlt. D. de negot. gest.* Porrò is qui vindicatione siue directa & ciuili, siue vtili & prætoria cõuenitur, rem defendere ita debet vt etiam

etiam defendatur ipse siue à se, siue ab alio, nihil enim interest *l. hac autem 5. §. vlt. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* iunct. *l. generaliter 10. D. de admin. tut.* Ergò & cùm rem restituere iubetur à iudice non aliter iussum illud intelligi potest quàm vt arbitrio boni viri eam restitutionem fieri oporteat: Et cõsequenter vt arbitrio quoq; iudicis fiat siue in formula velis addere verba illa *arbitratu tuo*, siue malis prætermittere. Alioqui quo iure obsecro iubet is qui iudex datus est vt reus restituat, nisi quia sic fieri ex bono & æquo debere arbitratur? Ergo tanquam vir bonus, cùm id fieri iubeat quod non nisi boni viri arbitrio fieri oportet. Quòd si diutiùs repugnes, quid obsecro refert, an ita iudex arbitretur tanquam iudex, an quasi vir bonus? Sufficit ad probandum Vindicationem esse arbitrariam vt arbitrium iudicis interueniat, de re restituenda. Quod nec ij contra quos disputamus negare possunt.

ERROR OCTAVVS.

De iudiciis absolutoriis. Et de litis æstimatione facienda in arbitrariis.

QVID igitur est quo moueri queant, vt tã pertinaciter defendãt non esse arbitrariam? Vnum illud sanè, quod decepit eos non tam arbitrij nomen, quàm sententiæ & condemnationis. Pronunciationem enim illam per quam pronunciatur rem esse petitoris quoniam & sententia interdum dicitur, vt *in l. & ex diuerso 35. §. 1. De rei vindic.* & iudicatum, vt *in l. si à te 9. §. 1. D. de except. rei iudic. d. §. 1. de offic. iudic.* accipiũt non tantùm pro sentẽtia sed etiam pro condemnatione, nec possunt intelligere quomodo possit reus dici victus per illam pronunciationẽ *d. l. 35. §. 1.* qui non sit etiam condemnatus: Indéq; nimirum inferũt arbitriũ illud quod sequitur eiusmodi pronunciationẽ sequi condemnationem, & ideò non esse arbitriũ illud ex quo æstimãtur actiones arbitrariæ quoniã præcedere illud debeat nõ sequi vt constat apertissimè ex *d. §. prætereà*, nec nos negamus. Ac quia coguntur fateri non solùm post illã pronunciationẽ sed etiam post arbitrium de re restituenda, sequi necessariò vel absolutionẽ, vel cõdemnationẽ *d. l. qui restituere & l. quòd si possessor 71. De rei vindic.* absurdũ autem videtur eum quem illi iam cõdemnatũ ponunt, aut condemnari iterũ aut absolui, cùm iudex post cõdemnationẽ, vel absolutionem officio suo functus dicatur ita vt nihil prætereà quicquam facere possit *l. 1. l. iudex posteaquàm 55. D. de re iud.* Hãc obiectionẽ sic eludunt vt dicant quod ad absolutionẽ pertinet mirũ id nõ esse cùm iudicia omnia sint absolutoria *§. vlt. Inst. de perpet. & temp. act.* Quod autẽ ad cõdẽnationẽ, neq; id mirũ videri debere, quòd ea condẽnatio nihil aliud sit quàm æstimatio litis, quæ in iudiciis omnib. quantùlibet strictis fieri solet, inquiũt, & debet post sententiã & in executione iudicati. Itáne verò? vt sint absolutoria iudicia omnia, etiam ea ex quibus iam irrogata fuit condẽnatio? Idẽ igitur iudicium erit & cõdemnatoriũ & absolutorium. Quod tamen quis ridiculum esse non fatebitur? Est sanè quàm alienissimum à sensu Iustiniani *in d. §. vlt.* vbi ait nõ alia de causa vulgo dici solitum Iudicia omnia esse absolutoria quàm quia si ante rem iudicatam is, cum quo actum est satisfaciat actori officio iudicis conuenit eum absoluere, licèt in ea causa fuerit iudicij accipiendi tempore vt damnari deberet. Non ait quia debeat absolui etiam is qui condemnatus est si iudicato satisfaciat. Qui enim iudicato satisfacit, non tam id agit vt condemnationem

euitet, quod ipsum absolui est, quàm vt condẽnationis executio fiat, ne amplius inquietari possit & grauioris pœnæ etiam corporalis, si contumaciæ grauitas ita postulare videbitur cõminationem, & declarationẽ effugiat. Alioqui, rogo, quid prodesset absolutio post irrogatam condemnationem, iámque executioni mandatam? Quare nec Iureconsulti rem iudicatam definiunt eam quæ & absolutionem & condemnationem simul contineat, sed quæ alterutrum, id est vel condemnationem vel absolutionem *l. 1. D. de re iudic.* quia vtramq; eâdem sententia aut etiam si voles in eodẽ iudicio contineri non solùm impossibile, sed etiam ridiculum est, nec minùs vt iudicium ex quo secuta est condẽnatio possit vnquam dici absolutorium, quàm vt è contrario iudicium quod absolutorium fuit, manente absolutione fiat condemnatorium. Nec simile est, quod obiiciunt aduersarij sic eum qui fustibus cæditur, dici posteà absoluendum *in l. Diuus 7. in fin. D. de iur. patron.* Absolui enim eo loco Vlpianus dixit pro eo quod est liberari à vinculis, ex quibus causam agere & se defendere libertus debet qui de contumelia & ingratitudine accusatur à patrono. Item liberari à grauiore condemnatione quæ liberto plerumq; infligenda est, si cõtumeliæ atrocitas id exigat. Solet enim in pœna liberti etiam verberibus castigati vlterius procedi, adeóque interdũ vsq; ad pœnam metalli, si fortè patronus delatã se à liberto doceat, aut libertum contra eius salutẽ cum inimicis conspirasse vt Vlpianus tractat *in l. 1. §. cùm patronus D. de offic. præf. vrb.* Deniq; in omnibus causis criminalibus id obtinet, vt cùm quis ad pœnam corporalem condemnatur de cæteris damnis cum eo seueriore sententia transactum decisúmque videatur *l. quid ergo 13. §. penult. D. de his qui not. infam. l. 4. C. eod. l. 3. De term. mot.* Vt proinde mirum non sit absolui etiam eum qui condemnatus fuit ad certam pœnam per quam fiat vt absolutus sit à cæteris quæ aduersus eum irrogari potuissent. Quod in ciuilibus actionibus non similiter contingit, in quibus cùm lis necessariò æstimanda sit, non vtique ad aliud reus condemnatur quàm ad illud ipsum quod debetur *l. vlt. C. de fideic. libert.* ac proinde nihil superest, à quo possis dici absolutum, aut absoluendum esse illum, qui condemnatus est, nisi quòd cùm is à quo res per vindicationem pe ebatur præstitit ex condemnatione quanti actor in litem iurauerit, dicimus videri quoque possessorẽ cum domino transegisse, ac decidisse eo precio quod dominus ipse cõstituit, vt scriptũ est *in l. eius rei 46. D. de rei vind.* Sed ea transactio alterius generis & condicionis est quàm quæ fit in causis criminalib. Illa enim fit à iudice, & quidẽ per sententiam ipsam quę irrogat condemnationem, hæc verò à victore ipso in executione iudicati. Prius enim est vt per sententiam quis condemnatus sit ad præstandũ quanti actor in litem iurauerit, quàm vt id quod interest, præstet. Ergo nõ nisi post condemnationẽ præstatur iusiurandum, sicut nec nisi per iusiurandũ præstitũ soluitur ea quantitas quæ per iusiurandum taxata est. Proinde non potest dici per sententiam, qua reus fuerit condemnatus, quanti actor in litem iurauerit, absolutionem vllam factam fuisse, aut absolutioni locum vllum relictũ esse cùm sit pœna illa iurisiurandi in litem omnium grauissima *l. vlt. D. de fideiuss.* præsertim si cui permittatur iurare in infinitum sine vlla taxatione, quomodo plerunque olim iurabatur, & etiam hodie quibusdam in casibus iuratur *d. l. qui restituere iunct. l. 4. §. iurare De in lit. iur.* Non ergo verũ est, aut absolui eum aut absolutũ esse, cum quo litis æstimatione deciditur, cùm ea decisio non per iudicẽ fiat sed per litigatores, secuta iam condemnatione, & ab eo facta, qui condemnando iam ita desierit iudex esse vt nullam aut condemnandi iterum aut absoluendi potesta-

potestatem sibi retinuerit *d.l. iudex posteaquàm* 55. *De re iudic.* Et verò quid absurdius, quàm absolutum dici eum, qui aduersario dare condemnatus sit & dederit quicquid dari præstarique potuit vnquam & debuit? Sed & puto ego quod à veteribus dictum est iudicia omnia esse absolutoria longè alio sensu dictum fuisse quàm Iustinianus docuit *in d. §. vl. De perpet. & tempor. act.* Nam cùm iudiciorũ omnium formulæ verbis illis concluderentur *condemna eum*, nec vllum in vlla formula esset verbum de absoluendo reo, videbantur omnia iudicia esse condemnatoria nulla absolutoria. Et tamen non ita erat: Imò verò earundem formularum potestate dici poterant absolutoria iudicia omnia, quia non aliter iubebatur iudex reum condemnare, quàm si appareret benè fundatam probatámq; actoris intentionem, nulláque aduersarij exceptione elisam. Sẽper enim ab illa condicione incipiebat formula *si paret*, nec iudicium vllum dictari poterat, in quo si non duplex condicio vt in arbitrariis saltem vnica illa contineretur. Cui consequens erat, vt si deficeret actor in suis probationibus, aut aliqua reo iusta exceptio competeret absolui reum necesse esset, non ob id tantùm quod condemnari non poterat ex formula condicionali nisi priùs impleta condicione formulæ. Sed etiam quia iudex datus, hoc ipso quò iussus fuerat sub condicione, vt reum condemnaret, si appareret iustam esse benéque probatam actoris intentionem, Videri poterat in contrarium casum iussus eum absoluere. Quomodo solemus dicere id quod sub vna condicione datum est sub contraria condicione ademptum intelligi *l. aliquando* 107. *De condic. & demonstr. l. si legatum* 10. *l. legata inutiliter* 14. *De adim. legat. l. quod purè* 6. *D. quand. dies leg. ced.* Id enim est quod ait Paulus *in l.* 3. *De re iudic.* Eum qui damnare potest absoluendi quoque potestatem habere, & Vlpian. *in l. nemo* 37. *De regul. iur.* Neminem qui condemnare potest etiam absoluere non posse. Sufficit enim iudicẽ nihil facere contra formulam ad hoc vt saluo officio possit absoluere *l. cùm fideicommissum* 7. *D. de confess.* de cuius sententia in præcedentibus diximus. Cæterùm si ponas reum post acceptum iudicium, & eo tamen adhuc pendente actori satisfecisse, quanam obsecro absolutione indiget reus qui satisfecit, & apocham habet ab actore omnium eorum quæ petebantur? Dicerem potiùs solui hoc casu iudicium, quàm absolui reum, esséque casum hunc iungendum cæteris in quibus solui iudicium Paulus scripsit *in l. iudicium soluitur* 58. *De iudic.* Quænam enim partes iudicis esse possunt, vbi plenissimè actori satisfactum est? Aut quid alterutrius litigantium potest interesse vt feratur sententia siue absolutoria, siue condemnatoria, cùm mutuo consensu, & plenissima satisfactione præstita discedere à lite maluerunt, quàm sententiam expectare? Potéstne iudicium superesse vbi nulla superest actio? Aut aliqua actio superesse post sublatam obligationem? Aut obligatio durare pòst plenissimam siue solutionẽ, siue satisfactionem? Satisfactio enim, vt nemo nescit pro solutione est *l. satisfactio* 52. *D. de solut.* Quòd si satisfecisse prodest etiam ad soluendum pignus *l. item liberatur* 6. §. 1. *D. quib. mod. pign. l. si rem alienam* 9. §. *omnis D. de pignor. act.* quidni etiam ad soluendum iudicium? Sicut enim nõ potest iudicium esse antequàm aliquid debeatur *l. non quemadmodum* 35. *de iudic.* ita nec postquàm deberi desiit, quod accepti iudicij tempore debitum fuit. Itaque deberent hoc sensu dici iudicia satisfactoria potiùs quàm absolutoria: quanquam ne hoc quidem. Non enim iudicij, sed satisfactionis potestate fit, vt qui satisfieri non tam absoluatur, quàm non condemnetur. Fateor si conuenerit inter litigatores quid pronuncietur, debere iudicem eiusmodi sententiam proferre *l. si conuenerit* 26. *D. de re*

iudic. Sed quis ex eo inferat, si ergo cōuenerit inter litigatores vt à lite & iudicio discedatur, propterea quòd actori reus satisfecerit debere iudicem absolutoriam pro reo sententiam ferre? Imò nullam potiùs debet, quia & videtur id conuenisse inter litigatores quorum voluntatem hac quoque parte iudicem sequi oportet. Quid enim aliud agebat Prætor cùm dabat iudicē, aut datus iudex cùm litem tractare inciperet, quàm vt controuersias eorum dirimeret? Ergo si ab iis sponte recesserint, debebit iudex, adeóque Prætor ratum id habere *l.1. §. inde quæritur D. de oper. noui nunciat.* Sed Prætor maximè, ad cuius officium pertinet lites diminuere *l. quidam 21. D. de reb. cred.* Denique sicuti iudicium accipi non potest cum eo, qui iam satisfecit, quoniam habet quod obiiciat petitori vt Papinianus ait *in l. si pupillus 45. in fin. D. de admin. tut.* Ita neque cum eo durare qui satisfacit antè sententiam, Nisi cùm arbitrarium iudicium est. Propria enim iudiciorum huius generis natura est illa, vt eo casu quo pareatur arbitrio, adeóque solo illo casu post probatam intentionem agentis, absolutionem sequi oporteat: scilicet cùm iudicatum est rem esse petitoris. Nam si ante primā illam pronunciationem possessor vindicatione conuentus rem actori restitueret vltrò cum fructibus, atque ita in plenum ei satisfaceret, Perinde fore dico vt nullus pronunciationi de iure dominij, nullus arbitrio, nullus denique absolutioni locus relinqueretur non magis quàm condemnationi. Idq; ita esse ex illo etiam apparet, quòd si per vindicationem petitus homo decesserit post litem cōtestatam & quidem sine dolo & culpa possessoris, nulla est necessaria sententia siue ad absolutionem, siue ad condemnationem, nisi propter fructus & partus & stipulationem de euictione, vt ait Paulus *in l. vtique 16. D. de rei vindic.* Ita innuēs nec absolutione vlla indigere reum, qui re perempta liberatus est, Nimirum ex illorum sententia qui cum Paulo & cæteris Cassianis putant, non debere bonæ fidei possessorem aut mortalitatem præstare aut propter metum huius periculi temerè ius suū indefensum relinquere *l. illud 40. D. de hered. petit.* Quòd si possessor iam victus in quæstione dominij & restituere iussus noluerit parēre, ita vt manu militari aufferenda fuerit ei possessio, similiter dicimus fructuum duntaxat, omnísque causæ nomine condemnationem fieri *dict. l. qui restituere in princip.* At quod pertinet ad rem ipsam petitam nulla prorsus fertur sententia neque condemnatoria quia nihil est quod eo nomine deduci possit in cōdemnationem translata iam in actorem possessione, neque absolutoria, cùm actor cui res fuit restituta, nihil iam petat, aut petere vnquam possit ex eo quod habet: Cùm tamen perinde dicendum esset necessariam esse absolutionem secundum aduersariorum sententiam qui volunt, Etiam post factam executionem iudicati ferendam esse, & quidem ab eodem iudice, sententiā absolutoriam pro reo qui non tantùm condemnatus iam fuit, sed etiam satisfecit. Cur non enim is quoque absoluēdus esset qui licèt coactus manu militari rem à se aufferri passus fuisset, perinde ac ille quem Præfectus virgis cædi iussisset? *d. l. Diuus 7. in fi. De iur. patron.* Falsum igitur est quod isti volunt, Eum qui iam sit condemnatus posse adhuc & debere absolui postquàm paruit iudicato. Alioqui nullus erit certè litiū finis si non solùm post rē iudicatā, sed etiam post iudicati executionem factam adhuc necessaria sit absolutio, cùm tamen rei iudicatæ proprius ac præcipuus effectus ille sit, vt toti controuersiæ finem imponat *d. l. 1. D. de re iud. l. 2. C. eod. l. singulis 6. D. de except. rei iudic.* Sed illud falsius, quod addunt, Etiā arbitriū iudicis De re restituenda postquàm de iure dominij cognitū & pronunciatū est Rem petitā esse petitoris, non esse arbitriū illud quod præcedere debet condem-

condemnationem in iudiciis arbitrariis, sed litis æstimationẽ illam quã in executione iudicati semper faciendã esse volunt. Quænam enim litis æstimatio facta videri potest ob id, quòd iudex arbitratus sit, & iusserit mihi restitui fundũ, quẽ pronunciauerit meum esse? Imò verò non aliã ob causam in arbitrariis iudiciis arbitriũ præcedere necesse est, antequàm ad condẽnationem perueniatur, quàm vti ne litis æstimationẽ vllã fieri oporteat: Quomodo fit necessariò in ceteris actionib. in quibus siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris litẽ æstimari semper oportet nõ post sententiã & in executione iudicati, sed per sententiã ipsam, Ne excepta quidẽ cõdictione triticaria, nullàq; inter bonæ fidei & stricti iuris actiones differẽtia hac parte cõstituẽda, nisi quòd in strictis æstimatur lis quãti res fuit inspecto precisè tempore litis contestatæ. Sola excepta triticaria, in qua spectatur præcisè tẽpus condẽnationis si res extet, aut mortis si ante sententiam perierit homo petitus. In iis verò quæ bonæ fidei sunt, vtro tempore pluris res fuit, vel moræ vel rei iudicatæ *l.3.§.in hac D.cõmod.l.3.§.vlt. De act.empt.l.vinũ 32.D.de reb.cred.l.pen.& vlt. De cond.tritic.l.hominẽ 37.mandat.l.fundũ 28. D.de nouat.* Cæterùm in omnib. pecunia deducitur in condẽnationẽ, tum quoq; cùm nõ pecunia sed res debita fuit, & per litis cõtestationẽ petita. Ideò nimirũ quia per litis contestationẽ fit nouatio, per quã & vetus obligatio perimitur, & noua cõtrahitur, eáq; pecuniaria vt iudicati executio sit expeditior & ciuilior quæ alioqui citra vim & impressionẽ inuito cõdẽnato fieri nũquã posset. Quid enim prodesset cõdẽnari Titiũ ad præcisam solutionẽ hominis aut tritici aut dationẽ fundi debiti ad quam posteà cogi non posset, ne manu quidẽ militari? Arbitrariarum actionum prorsus disparata ratio est. In illis enim lis numquam æstimatur nisi cùm arbitrio quod præcessit parère reus noluit, Et hoc idcirco quia arbitrariæ actiones siue in personam sint, siue in rem, non nascuntur ex vlla obligatione personali, quæ per contestationem nouari possit, nec proinde dantur aduersus obligatum sed contra possessorem, tum quoque cùm actiones sunt in personam. Quales sunt De eo quod metus causa, Et ad exhibendum, quia & hæ omnes ob eam causam in rem scriptæ dicuntur *l. metum 9. §. animaduertendum & §.volenti & seq.D.quod met.cauf. l.1.l.3. §.est autem personalis D. ad exhibend.* Itaque in his actionibus euenit, vt quia per contestationem nulla fit nouatio rem ipsam de qua agitur, aut restitui, aut exhiberi, aut quo alio modo præstari oporteat, Quod tamen quoniam per sententiam & condemnationem fieri non potest, ne perinde accidat, vt nulla sit ratio iudicati nisi per vim, & manum militarem exequendi, rectissimè visum est, ciuiliùs ita rem expediendam vt arbitrio iudicis reus iubeatur rem de qua vel ob quam agitur, restituere, Tum verò si non pareat, cogatur pati grauiorem condemnationem eámque litis æstimationem quam ex legibus aut edictis Prætorum irroganda videatur. Nec enim tam facilè fuit inducendum vt protinus actori spes aufferretur petitæ rei consequendæ, siue suam ille diceret, siue sibi obligatam, aut alia de causa restituendam, Ne in potestate esset improbi litigatoris eiusdémque possessoris rem alienam siue iusto, siue iniusto precio sibi per rapinam comparare *l. nec quasi 70. De rei vindic.l.non enim 9. D.rer.amot.* Nec rursus vt tã citò decurreretur ad grauiorẽ condemnationẽ rei infligendã quousq; appareret noluisse illum obtemperare arbitrio, nec ea facere quæ vir bonus quilibet facere debuisset. Non igitur possis dicere arbitrium hoc etiamsi interponatur eo tempore quo iam pronunciatum sit de iure petitoris contra possessorem, esse litis æstimationem quæ

fiat in executionem rei iudicatæ. Idque euidentissimè constat ex eo quòd si victus pareat arbitrio,& rem petitam vel restituat,vel exhibeat, absoluendus est: Si non exhibeat, vel non restituat, condemnandus ad pecuniam, quæ vera litis æstimatio est, & ad quam necessariò tùm decurritur, cùm aliud nihil est, quod meliùs ac commodiùs fieri possit. Tantúmque abest vt verum sit quod aiunt aduersarij, eam litis æstimationem fieri in executione iudicati, vt ea demùm condemnatio sententiæ diffinitiuæ nomen sola mereatur quæ scilicet toti liti & controuersiæ finem imponit *dict.l.1. de re iudic.* Neque verò aut in arbitrariis aut in aliis actionibus vnquam videas euenire vt nulla litis æstimatio fiat in executione sententiæ, sed omnibus esse illud commune vt per sententiam & condemnationem fieri eam oporteat, nec vlla in executione iudicati supersit facienda. Alioqui duplex fieret æstimatio litis, saltem in arbitrariis, Vna per arbitrium illud quod sequitur iudicatum, vt volunt, Altera in ipsa executione sententiæ, quod esset absurdissimum. Paullatim namque eò tandem deueniendum esset, vt diceremus duplicem in illis fieri condemnationem, quod adhuc esset absurdius. Nam quod scriptum est *in l. redhibitoria* 45. *De ædilit. edict.* Redhibitoriam actionem habere duplicem condemnationem, non eum sensum recipit vt in eodem iudicio redhibitoriæ actionis duplex condemnatio fiat ex eadem causa contra eundem reum, sed vt pro causarum varietate aliter atque aliter facienda sit condemnatio, modò in simplum, modò in duplum, iuxta distinctionem à Caio traditam eo loco. Nam neque actio illa redhibitoria potest dici arbitraria cùm nascatur ex contractu non minùs quàm actio ex empto Quanto minoris, quæ redhibitionem etiam continet, & ad redhibitoriam prope accedit *l. si is qui heres* 25. *§.* 1. *D. de except. rei iudic.* Vt contra eosdem aduersarios disputabimus in sequentibus. Sed quoniam tota vis huius disputationis in eò consistit vt ostendamus pronunciationem illam iudicis qua declarat in iudicio directæ & ciuilis vindicationis Rem petitam videri esse petitoris non esse condemnationem, Nec rursus arbitrium dici posse illud quod omnem pronunciationem debeat præcedere in aliis arbitrariis vt iidem existimant, de eo nobis iam paullò fusiùs tractandum & differendum est.

ERROR NONVS.

De pronunciatione iudicis declarantis in directæ vindicationis iudicio rem petitam esse petitoris.

SI probari à nobis poterit, Pronunciationem illam iudicis per quam declaratur in iudicio directæ & ciuilis vindicationis rem petitam esse petitoris, non esse sententiam quæ aliquam includat condemnationem, Illud statim euicerimus falsum esse quod adserunt ij contra quos disputamus, Arbitrium quod posteà sequitur de petita re cum fructibus restituenda nihil aliud esse quàm æstimationem illam litis quæ fit si iis credimus in executione cuiuslibet iudicati. Fatentur enim condemnationem aliquam præcedere debere: In quo ipso tamen falluntur: Cùm sit verissimum quod proximo capite ostendimus, litis æstimationem semper fieri per sententiam & condemnationem ac in ipsa condemnatione,

ne, numquam autem posteà in rei iudicatæ executione. Probatio autem facillima est ex quàm plurimis iuris nostri argumentis. Primùm ex verbis ipsis pronunciationis, quæ constat illa fuisse, *Videri fundum de quo agitur Lucy Titij esse, dict. l. & ex diuerso 35. §. 1. De rei vindic. l. Pomponius 40. §. sed & is qui De procur.* Nam in tota hac formula, quid quæso est, quod condemnationis alicuius vel minimam imaginem præseferat? Condemnandi sanè verbum nullum, neque aliud quod æquipollens videri possit. Imò neque vox vlla iudicis imperantis cui pareri oporteat, Dico amplius nec quicquam quod in consequentiam, ne addam in executionem illius pronunciationis fieri possit aut debeat si nihil prætereà per iudicem addatur. Quid enim dicere illud est *Videri fundum quo de agitur Lucy Titij esse*, nisi quæstionem facti dirimere, Liti tamen & controuersiæ finem nondum imponere? Nam cùm vindicationis iudicium constituatur per assertionem dominij ex parte petitoris, & denegationem ex parte possessoris, apparet in eo solo totam facti quæstionem, & statum causæ versari. An petitor sit dominus rei petitæ, necne, sed non æquè tamen verum illud est, nihil aliud petere actorem, nisi vt pronuncietur rem eius esse. Imò verò ideò agit, & vindicat vt restitutionem rei suæ obtineat. Et ob eam nimirum caussam dicimus, Eum qui petitorio iudicio vtitur, ne frustra experiatur, requirere debere & explorare ante omnia, an is cum quo instituet actionem possessor sit, vel dolo desierit possidere *l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* quoniam officium iudicis in hac actione illud est, vt iudex inspiciat an reus possideat necne, vt cùm actor probauerit rem suam esse, necesse habeat possessor restituere qui non obiecit aliquam exceptionem, etiamsi aliquam habuerit, quam obiicere potuerit, vt *in l. Papinianus 14. D. de Public. in rem act.* Quod fieri non posset si possessor rem non teneret, nec haberet restituendi facultatem *l. officium 9. eodem.* Indéque etiam est, quòd is qui destinauit rem petere, & vindicare, debet animaduertere an aliquo interdicto possit nancisci possessionem quia longè commodius est possidere & aduersarium ad onera petitoris compellere quàm alio possidente petere *l. is qui destinauit 24. eodem.* Itaque pronunciatio illa de iure dominij, non finis vindicationis est, sed medium necessarium, per quod ad rei restitutionem obtinendam tanquam ad finem actionis peruenitur. Adeò vt possit interdum petitor actionis & intentionis suæ effectum consequi, etiam nullo domino probato, puta si conuentus reus tanquam possessor negei se possidere, & tamen possidere conuincatur *l. vltim. eod. ti.* vbi Iurisconsultus hac de causa scribit pati actionem in rem compelli neminem, quia liceat ei qui conuenitur, dicere se non possidere. Ita vt si possit aduersarius conuincere rem ab aduersario possideri, transferat in se possessionem per iudicem, licèt, inquit, rem suam esse non adprobauerit. Tantùm igitur abest, vt in vindicationis iudicio sententia & condemnatio fiat per pronunciationem de iure dominij, vt etiam nulla tali pronunciatione præcedente possit actor rem obtinere, & quidem vi actionis huius, & vindicationis: quod fieri certè non posset, si is, qui agit vindicatione nihil peteret nisi vt dominus esse pronunciaretur. Nec est quod quis dicat translationem possessionis à reo in actorem in specie *dict. l. vltim.* non tam fieri iure & potestate actionis, quàm quòd reo negante se possidere nullus aduersarius, & consequenter nulla actio superesse videatur. Nam imò verò fieri ex eadem formula. & ipsius iudicij potestate non ex eo solùm apparet quod lex ait fieri eam translationē per iudicem, sed ex illo etiā quod Iureconsultus requirit vt possit aduersarius, id est actor conuin-

cere rē ab aduerſario poſſideri, hoc eſt à reo qui negauit ſe poſſidere, vt eo modo arguatur & conuincatur de mēdacio cuius pœnā illū pati eā æquū ſit, vt poſſeſſionem quam habebat amittat, nulla etiam dominij probatione per actorem allata. Itaq; hoc caſu ſicuti nil neceſſe eſt pronunciare, Videri rē eſſe petitoris, ita neq; arbitriū vllū ſequi poteſt de ea re reſtituēda, neq; vlla rurſum litis æſtimatio, ſed rectà decurrendū eſt ad rei reſtitutionem faciendam potiùs authoritate iudicis, quàm imperandā. Quid enim prodeſſet iubere rē reſtitui ab eo, qui negauerit ſe poſſidere? quique hoc ipſo poſſeſſionē amiſerit etiam quā reuera habuiſſet? *l. ſi quis vi 17. §. differentia D. de acquir. poſ.* Facti planè cognitionem præcedere ſemper neceſſe eſt, niſi cùm reus intentionem agentis fatetur. Sed aliud eſt cognoſcere & inquirere an actor ſit dominus, Aliud verò an re⁹ ſit poſſeſſor. Alterutra cognitio in vindicationis iudicio, ſemper neceſſaria eſt, ſed vtraque numquam. Nam vel reus fatetur ſe poſſidere, & eo caſu non aliter poteſt actor vincere, quàm ſi dominiū probet, Vel negat reus ſe poſſidere, Et tūc ſola ipſius poſſeſſio ab actore probanda eſt, non dominium actoris. Quoniam autē omnis facti quæſtio pendet ex arbitrio & religione iudicātis *l. ordine 15. D. ad municip. l. 1. §. ſed non vtique D. ad SC. Turpill. l. voluntatis 7. C. de fideic.* prudenter antiqui eam pronunciationis formulam conſtituerunt *videri rem eſſe petitoris* vt appareret iudicem, cùm ita pronunciat, non tam condemnare, quod extremo non primo loco faciendū ei eſt, quàm animi ſui ſenſum & iudicium aperire: modeſtè tamen & verecundè vt par eſt in facti quæſtione, cùm facti interpretatio etiam prudentiſſimos fallat *l. 2. D. de iur. & fact. ignor.* vt proinde temerarium quodāmodo videatur affirmare verum id quod ex facto factiq; probationibus plerūque incertis & arbitrariis pendeat *l. 3. in princ. & §. 1. D. de teſtib.* Vnde eſt quod dubiæ cauſæ dici ſolent eæ quæ implicitam habent facti quæſtionē *l. admonendi 31. D. de iureiur.* ſi non quod perrarum eſt, concludentiſſimæ adferantur probationes. Maximè verò hoc obtinet, cùm de dominij probatione agitur, vt in rei vindicatione. Semper enim dominij probatio difficillima eſt, vt ait Iuſtin. *in §. commodum. Inſt. de interd.* adeò vt nec deſint qui dicant eſſe omnino impoſſibilem, ſaltem eo caſu quo probandum ſit dominium principaliter non incidenter vt in vindicatione pignoris quæ ideò leuioribus probationibus cōtēta eſſe creditur. Quibus licet non adſentior, qui video tam multis iuris noſtri locis tractari de probando probatóque dominio non ſolùm ſi agatur hypothecaria *l. 3. in princ. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignorib. l. ante omnia 23. D. de probat.* ſed etiā ſi de directa & ciuili vindicatione dominij, in qua neceſſe eſt vt ſuccumbat qui rem ſuam probare nequit plenè, ſuámque intentionē implere *l. vlt. & paſſ. C. de rei vindic. l. 2. & 4. l. cùm res 12. l. ad probationem dominij 21. C. de probat.* Facilè tamen concedo perdifficiles eſſe probationes iſtas, ideóq; tantò magis debuiſſe iudicē qui de ea quæſtione cognoſceret pronunciare non *ita eſſe* ſed *videri*. Quod ex ipſa quoque formula Prætoris deſcendere videbatur, quę ab iis verbis ſemper incipiebat *ſi paret*, quorū non alius ſenſus eſt quàm ſi ſcriptū eſſet *ſi videbitur* quomodo etiamnum Itali qui linguā vulgarem à Latina potiſſimùm deduxerunt ſolent dicere *il parere* pro eo quod dicimus *iudicium* & *mi pare* pro eo quod Latini *mihi videtur*, quamuis non negem *paret* dicere nos pro *apparet*, Eodē ſemper ſenſu, quoniā apparere dicuntur ea propriè quæ videntur licèt reuera non ſint talia qualia videntur: Vnde factum etiam puto, vt Iureconſulti noſtri *ſpeciem* dicant id tantùm quod philoſophi indiuiduum appellant, quoniam ſc. indiuidua ſola cùm corporalia ſint, apparent & videntur, nō ea quę in genere conſiſtunt,

consistunt, vt iura, & ea omnia quæ philosophi non minùs speciei quàm generis appellatione complectuntur. Ergo cùm pronũciat iudex, Videri sibi rẽ petitam esse petitoris, quid aliud facit, nisi quòd aperit quid ipse sentiat de tota illa facti quæstione? Nondum tamen officio suo in plenum fungitur, quia non solùm nec absoluit nec condemnat, sed neque de reo quicquam dicit, neque de re quæ petitur, actori restituenda, quo tamen nomine, & ad eum solum finem iudex datus & petitus fuit. Neque tamen eo minùs verum est iudicatum ab eo iã fuisse, quatenus iudicium suum interposuit, & quid sibi videretur de facti controuersia declarauit. Vnde enim iudicati aut iudicis nomen nisi à iudicio per iudicem ipsum interponendo? Sic & sententiam possis bene hanc dicere, quia explicat quid iudex de proposita facti quæstione sentiret, Ex quo etiam sententiæ nomen deductum esse non ambigitur. Sed post decisam facti quæstionem superest adhuc decidenda quæstio iuris, & pronunciandum quid reum facere ac prẹstare oporteat. Id enim est quod dici solet ex facto ius oriri, Igitur sententia illa definit quidẽ controuersiam & quæstionem facti, sed non totam litem quæ scilicet ex duabus quæstionibus cõstat, Vna facti, altera iuris, Ideóque interlocutio dici debet potiùs quàm definitiua sententia, cùm non definiat litem & totum negotium absolute sed secundum quid, & ex parte. Alioqui rogo quid in huius iudicati executione fieri possit, cùm iudex nondũ declarauerit quid fieri velit? An non priùs est, vt condemnatus sit reus, quàm vt aliqua contra eum peti vel fieri possit executio. Fateor, Victum esse cùm pronũciatum est rem petitoris esse, Nempe in quæstione illa facti in qua status causæ versabatur. Sed nego esse illum condemnatũ: quandoquidẽ nec iussus est adhuc restituere, quod tamẽ iussum præcedere necesse est antequàm peruenire possit ad cõdemnationem. Et verò an nõ possũt multa interuenire quæ facere debeant, vt quãuis pronunciatũ sit rem esse petitoris, nullá tamen ei restitutionem fieri oporteat? Quid enim si bonæ fidei possessor sit is qui conuenitur, multásque impensas in eam rem fecerit, quarum nomine danda sit ipsi retentio? *l. sumptus 48. l. emptor 65. D. de rei vindic. l. domum 5. C. eod.* Quid si idem ille qui vindicat eam rem vendiderit & tradiderit, ob idque repelli debeat exceptione rei venditæ & traditæ *l. 1. & tot. tit. De except. rei vẽdit. & trad. l. bona fides 50. D. de act. empt.* Quid denique, vt alia penè innumera quæ congeri possent prætermittam, si dominus heres extiterit ei qui vendidit, & ob id teneatur ipse de euictione possitque iuuare se vulgari illo nostrorũ brocardico, Quem de euictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio *vulg. l. vindicantem 17. l. Seia 72. D. de euict. l. venditrici 3. C. de action. empt.* Postquàm ergo pronunciauit iudex videri sibi rem qua de agitur esse petitoris, adhuc pronunciandũ habet super exceptionibus possessoris, dẽ quibus nec quæri solet aut debet quousque actor intentionem suam fundauerit, & impleuerit. Tantúmque distat vt prima illa pronunciatio condemnationis nomen mereri possit, vt nec in iudicis potestate sit, etiamsi maximè velit antequàm de exceptionibus rei cognouerit venire ad condemnationem. Sed neque post oppositas discussásq; exceptiones, semper condemnare possessorem iudex debet, neque litem æstimare quanti actoris interest qui suam intentionẽ plenè non probauit, & cui possessor etiam iussus restituere non paruerit, puta si neque dolo, neque culpa possessoris quicquam contigerit, quominùs eam rem traderet, vt in specie *l. à quo seruus 58. D. de rei vindic.* Quomodo igitur possumus dicere possessorem hoc ipso quòd victus est in quæstione dominij, habendum esse pro condemnato, cùm in eo statu sit, vt vel absolui adhuc debeat, vel numquam fortasse condemnari?

ERROR DECIMVS.

De potestate formulæ quam Prætor dabat in iudicio directæ vindicationis.

ADDAMVS aliam rationem sumptam ex ipsa Prætoris formula. Nã cùm sic Prætor formulam dictat *si paret fundum Capenatem quo de agitur Lucij Titij esse*, quid iubet, quid præcipit, aut præscribit iudici, propter quod habeat iudex potestatem condemnandi Sempronium possessorem? Vtique enim fatendum est nullum ius esse iudici condemnandi rei nisi quatenus eam potestatẽ accepit à Prętore aut alio qui eius dandæ ius habuerit *l. cùm Prætor 12. l. penult. D. de iudic.* Potestatem igitur illam dari necesse est verbis præcisis & dispositiuis, qualia sunt ea quæ ob hanc causam in formularum omnium fine addi solebant *condemna eum*. Non autẽ cõdicionalibus cuiusmodi illa sunt *si paret fundum quo de agitur esse petitoris*. Iritũ enim est, condicionalia nihil disponere, ne quidem in iis, quæ pendent à mera voluntate, & dispositione illius, qui condicionem adscribit *l. si quis sub condicione 8. D. si quis omiss. caus. testam. l. 1. D. de pen. legat. l. 1. §. item si ita D. ad leg. falcid.* Igitur cùm iudex inquirit, an fundus petitus sit petitoris, & pronunciat eius esse, neque condemnat possessorem de quo nihil adhuc dicit, neque adhuc satisfacit formulæ, sed tantùm aliquid ex ordine facit vt Paulus loquitur *in l. cùm vnus 12. De reb. author. iudic. poßid.* id est facit id quod in necessarium antecedẽs facere debuit ad hoc vt possit peruenire ad condemnationem. Facit sanè ex præscripto formulæ, quoniam eum gerẽdæ rei, tractandíq; iudicij ordinem præscribit Prætor, vt à quæstione de iure dominij incipi oporteat, sed non facit, neque quicquid præscriptum est, neque illud quod principaliter imperatum est verbis illis imperatiuis *condemna eum* quousque possessorem condemnauerit, si condemnandus non absoluendus fuit. Imò vt intelligas primis illis verbis condicionalibus nullam iudici fieri potestatem condemnandi, obseruare debes non statim post condicionem illam adiici imperium condemnandi, sed interiectis aliis illis verbis quę aduersarij quoque admittunt, *Neque fundum illum Publius Mæuius Lucio Titio restituet*, quæ si non interponerentur, vtique non alius posset sensus esse huius formulæ *si paret fundum quo de agitur Lucij Titij esse, tu eum condemna* quàm vt iudex condemnare petitorem iuberetur, cuius fundum esse pronũciasset: Quod tamen esset ridiculum, Non ob id solùm, quòd condemnari actor nũquam dicitur, sed repelli, excludi, summoueri. Verùm etiam quia licèt nihil vetet summoueri actorem aliqua exceptione tametsi suam intẽtionem plenissimè probauerit, numquam tamẽ ob id summoueri debet quòd probauerit, Nec igitur sub illa condicione imperari iudici vt eum summoueat, si probauerit fundũ suum esse. In summa vt verba illa *condemna eum* de reo & possessore intelligẽda sint non de actore, aliquam rei mẽtionem in formula factam esse necessariũ est, quæ porrò nulla erit nisi media illa verba interiicias *neque fundum illum Publius Mæuius Lucio Titio restituet*. Quibus additis euidentissimum fit, non minùs requiri ad cõdemnationem faciendam vt appareat nolle Publium Mæuium restituere fundum Titio, quàm vt eum fundum Titij esse probatũ sit ante omnia & pronunciatum. Vtrumque enim ponitur in condicione & cõsequẽter cùm duplex condicio sit quam impleri vtrãque oportet, priusquàm potestas vlla iudici data videri possit cõdemnationis irrogandę, Apparet neutrius condicionis implemento

plemento condemnationem induci, sed condenandi duntaxat ius & potestatem acquiri. Quemadmodum autem posterior condicio implebitur ob non factam Titio restitutionem nisi priùs arbitretur iudex rem illam quã Titij petitoris esse iam pronunciauit restitui ei oportere? Nec enim expectandũ est vt possessor victus rem vltrò restituat quousque arbitratus sit iudex ita fieri debere, cùm vt iã dixi multa possint interuenire quæ facere debeãt, ne æquum sit eum restituere. Quinetiam eo casu, quo nihil sit, quod restitutionem remorari debeat, arbitriũ tamen iudicis necessarium esse, ex eo intelligimus quòd plura veniunt plerunq; in arbitrium, quàm in priorem pronunciationem, interdum etiam minùs, Plura equidem regulariter quoniam is qui victus est in quæstione dominij si nullã proferat exceptionem, non tãtùm rem illam quæ petita est & quam actoris esse pronunciatum fuit restituere arbitrio iudicis debet sed etiam fructus tùm quoque cùm per errorem & imperitiam iudicis pronunciauit iudex petitoris rẽ esse quæ reuera fuit aliena *d.l. & ex diuerso* 35. §. 1. Idémq; de partu & alia omni causa iuris est *l. Iulianus* 17. §. 1. *l. praetereà* 20. *eod. tit.* Et tamen verum est nihil in prima illa pronunciatione de fructibus exprimi vnquam posse. Non enim bona est cõsecutio, vt si fundus sit Titij, etiam fructus ex eo fundo percepti à Mæuio possessore ad Titium pertineant iure dominij: perindéque pronunciari possit Titij eos esse, atque pronunciari debet de fundo, eum ad Titium pertinere. Itaq; nõ vindicantur fructus simul cum re ipsa, sed officio tantùm iudicis restituũtur, eo quoque casu, quo petitor in vindicatione obtinuit *d. §. 1. De offic. iudic. l. certum est* 22. *C. de rei vindic.* Quamuis enim iure soli non iure seminis percipiãtur *l. qui scit* 25. §. 1. *D. de vsur.* fieri tamen non potest vt ad dominum iure dominij pertineãt qui ab eo percepti nũquam fuerunt, Præsertim verò si ponas vindicari fundum aduersùs bonæ fidei possessorem qui in percipiendis fructibus tantundem iuris habet, quantùm dominus, ita vt hac parte loco domini sit, fructúsq; suos faciat perceptione sola interim id est quousque illos restituerit petitori *l. bonæ fidei* 48. *De acq. rer. dom. l. si fructuarius messem* 13. *D. quib. mod. vsusfr. amitt.* quia sc. bona fides tantùm possidenti præstat, quantùm veritas vbi lex impedimento nõ est *l. bona fides* 136. *De reg. iur.* Et tamen restituuntur, qui extant, imò qui post litem cõtestatam percepti sunt vniuersi *d. l. domum*, quia non debent lucro possessoris cedere cùm victus sit *d. l. & ex diuerso* 35. §. 1. *D. eod.* Cùm ergo iudex qui pronunciat fundũ esse petitoris nihil omnino pronunciet de fructibus, quos tamen necesse est deduci in cõdemnationem vt veniant in restitutionem. An nõ apparet euidenter primam illam pronunciationem, per quam pronunciatur Rẽ esse petitoris, licèt sententia sit, non tamen esse condemnationẽ. Alioqui pariter & simul de fructibus & de re ipsa pronunciandum esset. Quod non minùs apertè quàm eleganter Paulus docet *in d. l. & ex diuerso* §. 1. illis verbis *Vbi autẽ alienum fundum petij & iudex sententia declarauit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare, Eodem enim errore & de fructibus condemnaturum.* Viden' vt separet sententiam illam declaratoriam à condemnatione? Declarat primùm iudex suâ sententiâ fundum esse petitoris, & quidem citra vllam condemnationẽ. Eo facto arbitratur, Debere igitur rem restitui cum fructibus, id si nõ fiat, condemnat reum non iam ad rei restitutionem sed ad fructus omnimodo, id est siue rem ipsam vltrò possessor post arbitriũ restituerit, fructus autem restituere nolit, siue manu militari ablata ei possessio sit, vt nulla amplius pro ipsa re fieri possit condemnatio *d. l. qui restituere in pri. c.* Non igitur eâdem pronũciatione, sed eodem tamen errore id est in cõsequẽtiã prioris illius erroris quo

pronunciatum est meam rem esse quæ aliena erat. Cæterùm debet sententia declaratoria præcedere vt probant verba illa *& iudex sententia sua declarauit meũ esse*,& quod sequitur *debet etiam de fructibus possessorem condẽnare*. Sed an per arbitrium fit illa condẽnatio? Minimè. Sed ita demùm si arbitrio non pareatur. At cùm arbitriũ tale esse debeat vt res rectè restituatur, id est arbitrio boni viri *l. hac verba 73. De verb. signific.* fatendum est huiusmodi arbitrio etiam fructuũ restitutionem contineri. Et consequenter si arbitrio nõ pareatur etiam fructuum condemnationem in sententia diffinitiua fieri oportere. Non enim potest arbitrium aut esse condemnatio aut condemnationis iure censeri, cùm in potestate maneat possessoris an arbitrio parêre velit necne, & sola contumacia quæ fit in non parendo arbitrio, faciat locum cõdẽnationi *§. præterea Instit. de action.* Quis enim dixerit in facultate condemnati esse debere an sit condemnatus? *l. si iudex 41. D. de minor.* Cui conuenit quod sub Vlpiani nomine à Triboniano scriptum est *in d. l. qui restituere*, Cùm quis restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere manu militari officio iudicis ab eo possessionẽ transferendam esse & fructuum duntaxat, omnísque causæ nomine condemnationem fieri. Quod ait possessorem iussum esse restituere, non tantùm supponit pronũciationem illam quam diximus præcedere debere, & qua declaratur fundũ esse petitoris, sed etiam arbitrium significat, quòd sicuti pronunciationem illam sequi necessariò debet de re quæ petita fuit, rectè restituenda. Ita & præcedere cõdẽnationem, quam ex ratione veteris Iurisprudẽtiæ fieri oporteret ob id quòd arbitrio paritum non esset, secundum eam arbitrariarum actionum definitionem quam Iustinianus tradidit *in d. §. præterea*. Postquàm autem Iustiniano placuit vt arbitrio & iussui iudicis de re restituenda, præcisè parendum sit adeò vt manu militari potiùs transferenda possessio sit, in victorem, quàm permittendũ possessori, vt non restituat rem cuius restituendæ facultatem habet, apparet nullam eo nomine condemnationem sequi posse, sed tantùm de fructibus omniq; causa. Quid enim possit aut debeat amplius iudex in condemnationẽ deducere, aut cur litem æstimare, aut quomodo, cùm petitor obtinuit restitutionem quã vrgebat rei petitæ? Et tamen non eo minùs condemnatio facienda est, quia est necessaria fructuum, omnísque causæ nomine, de quibus nulla manu militari executio fieri potest, neque vi & potestate prioris pronunciationis in qua nihil de fructibus déque reliqua causa dictum est, neque rursum vi & potestate arbitrij, quia licet arbitrium etiam fructuum restitutionem contineat, vt diximus. In eo tamen dispar condicio est fructuum & rei petitæ, quòd de re petita iam aliquid pronunciatum est, Eam sc. videri esse petitoris, de fructibus verò nihil. Porrò si absurdum est, & contra iuris ciuilis regulas vt ab executione incipiatur *l. 1. C. de exec. rei iudic.* quantò absurdius & inciuilius esset incipi à manu militari nulla pronunciatione præcedente? Deinde quid posset facere manus militaris ad trãsferendam in actorem possessionem fructuum à reo perceptorum, ac fortassis iã consumptorum? Tum verò etiamsi maximè extarent, cùm tamen non veniãt in restitutionem iure dominij & vindicationis, sed tantùm officio iudicis vt diximus, quomodo aut quo iure fieri posset, vt eos manu militari iudex officio suo aufferret quos numquam adiudicasset? Aut si dicas, quod omnium improbabilissimum est, Arbitriũ illud habere vim sententiæ & condemnationis. Fatearis ergo necesse est duplicem fore eorũdem fructuum nomine condẽnationẽ, Primam illam quam vis per arbitrium factam esse. Alteram illã, quam vult Iustinianus fieri post arbitriũ de re restituẽda. Quòd si cum aduersariis nostris sentias,

Etiam

Etiam pronũciationem illam qua declaratur fundum esse petitoris, habere vim sententiæ & condemnationis, ita vt quicquid posteà fit siue per arbitrium, siue per litis æstimationem ob id quòd arbitrio nõ fuerit obtemperatum, in executionem iudicati fieri videatur, Consequens fiet vt tres in vno eodémq; iudicio & pro vna eadémque referatur sententiæ & cõdemnationes, quarum prima illa erit, qua pronunciatur dominium ad petitorem pertinere: Altera per quam iudex arbitratus fuerit rectè rem restitui debere, & arbitrio boni viri: Tertiam illam ex qua ob rem non restitutam condemnatus fuerit possessor quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Nam si respondeas, tertiæ huic cõdemnationi locum nullum esse posse, cùm manu militari auferenda sit possessori sua possessio & in petitorem officio iudicis transferenda. Replicabo primùm æquè absurdum fore siue duas, siue tres in eodem iudicio de eadem re fieri condemnationes, cùm singulis controuersiis sicut singulas actiones, ita vnum iudicati finem sufficere probabili ratione placuerit *l. singulis 6. D. de except. rei iudic.* Præterea non semper impediri condemnationem prætextu restitutionis illius præcisæ quam manu etiam militari debere fieri Iustinianus voluit, sed eo tantùm casu quo rei restituendæ facultatẽ possessor habeat. Quid enim si non possit restituere & dolo fecit, quominùs posset? Eadem lex ait, condemnandum illum esse quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Tres igitur eo saltem casu fient condemnationes, sicut & illo quo reus victus restituendæ rei facultatem, sine vllo suo dolo amiserit. Nam & illo casu non pluris quàm quanti res est, id est quanti aduersarij interfuit, condemnandum esse possessorẽ ibidem scriptum est. Sed & cùm res præsens est, ciúsque restituendæ facultatem habet reus qui iam in causa dominij victus est, si malit petitor litis æstimationem cõsequi, hoc est quanti in litem ipse sine vlla taxatione iurauerit, quàm manus militaris auxilium implorare, quidni obsecro mos ei geratur? An fortè minor est contumacia, maiórve fauor illius qui cùm habeat facultatem præsentem restituendæ rei quam restituere iussus est, quàm si dolo fecisset quominus hodie posset restituere? Nam & è contrario si possessor dolo fecerit quominus possit restituere & ideò condemnatus sit quanti actor sua interesse in litem iurauerit, nec tamen actor iurare velit, sed quanti res est, aduersarium condemnari malit, nemo dubitat, quin mos ei gerendus sit, vt disertè Paulus scribit *in l. quòd si possessor 71. eo.* Triplici ergo condemnatione his tribus casibus opus erit, quod tamen quàm absurdum sit dicere, nemo non videt. Concludamus itaque, siue formulam Prætoris inspicias, siue verba sententiæ per quam declaratur rẽ esse petitoris, Non posse sententiam illam dici condemnationem, vt neque arbitrium quod sententiam illam sequitur, sed esse ista duo præparatoria, & necessariò facienda in ordine ad futuram vel condemnationem, vel absolutionem. Quę tum demùm sequitur, cùm & iam pronunciatum est, Videri rem esse petitoris, & arbitrium postea secutum De re rectè restituenda cui arbitrio vel paruerit reus, vel non paruerit. Hæc verò ex iis quæ sequenti Decade tractabimus, longè meliùs & aperiùs intelligentur.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XCII.

ERROR I.

Cur in aliis actionibus quàm arbitrariis nulla præcedat pronunciatio, nullúmque arbitrium ante condemnationem.

SATIS quidem ex superioribus intelligere doctiores possunt, quid causæ sit, cur in aliis actionibus, quàm in arbitrariis nulla præcedat pronunciatio, nullum arbitrium ante condemnationem. Sed tamen digna res est quæ à nobis & pluribus & apertiùs explicetur. Si contendam debere te mihi centum ex contractu siue bonæ fidei, siue stricti iuris, in eámque rem tecum experiar competenti actione siue stricta, siue bonæ fidei. Constat vnam duntaxat condicionem poni in formula *si paret Titium debere Mæuio centum ex causa mutui vel depositi* [addenda enim causa est vt dignosci possit qualitas & natura negotij actionisque propositæ an bonæ fidei sit an stricti iuris] *tu eum condemnato*, ideóque sufficere ad irrogandam condemnationem vt appareat iudici debere Titium ex ea causa Mæuio centum, nec aliud prætereà quicquam requiri, Id est, neque illud vt iudex pronunciet deberi centum, neque vt tali pronunciatione facta arbitretur debere centum illa solui, Sed rectà deueniri ad condemnationem statim atque de facti & debiti veritate cognitum est. In quo præcipua certè differentia est actionum illarum ab arbitrariis, in quibus fieri numquam potest, vt vel absolutio, vel condemnatio sequatur, quin & pronunciatio & arbitrium De re vel restituenda, vel exhibenda præcesserit. In cóque mihi conuenit etiam cum aduersariis, qui licèt nouam arbitrariarum naturam induxerint, eam tamen diffinitionem quam Iustinianus tradidit *in §. prætereà Instit. de action.* neque peruertere, neque improbare ausi sunt, nec proinde negare, quin arbitrariæ actiones ex arbitrio præcedente pendeant & sint æstimandæ. In hoc tantùm à nobis discrepantes quòd arbitrium illud ex alio æstimant, quàm ex quo æstimari ratio iuris patiatur. Vnde verò tanta hæc nasci potuit differentia? Aut cur ambages istæ fuerunt

Digitized by Google

fuerunt inducendæ in arbitrariis actionibus, quominùs in iis sicut in cęteris rectà perueniatur ad condemnationē? Petenda est, vt ego quidem arbitror, ratio differentiæ ex eo, quòd condemnationes omnes sunt personales. Et quamuis in plerisque actionibus, puta in realibus, non tam persona quàm res conueniatur *l. denique* 19. *D. de iur. fisc.* personam tamen ipsam non rem condemnari necesse est, cùm non fiat condemnatio, nisi ad dandum aliquid, vel faciendum, vel patiendum: quorum omnium nihil est quod in rem cadere possit, quódque à persona ipsa fieri non oporteat: Ideóque is omnium formularum finis fuit *condemna eum*, aut vt alii concipiunt *tu eum condemnato.* Atqui non potest fieri vt siue ex ratione mera iuris, siue ex vlla æquitate condemnari debeat ea persona quæ nunquam fuerit obligata: quemadmodum nec vlla personalis actio intelligi potest quam nulla personalis obligatio præcedat. Id enim est quod vulgò iactatur, Obligationem esse matrem actionis, scilicet personalis, *l. licet* 42. *§. ea obligatio D. de procurat.* Quæ enim sunt in rem cùm aduersus eum exerceantur, qui nullomodo est obligatus §. 1. *Inst. de action.* nullam certè obligationem pro matre requirunt, aut pro causa. Quoties igitur talis actio exercetur, cui obligatio nulla causam dederit, vt euenire dicimus in actionibus in rem omnibus, siue ciuiles sint, siue prætoriæ, & siue de pignoris iure in iis agatur, siue de iure dominij, id est in directa rei vindicatione, in Publiciana, in Seruiana, & quasi Seruiana quæ nascuntur omnes ex præsenti possessione, vt ait *l. non aliàs* 24. *sed si postulatur D. de iudic.* necesse est aliquid interuenire ex quo nascatur obligatio personalis, ad hoc vt possit sequi personalis condemnatio. Non enim possis dicere nasci aliquam ex contestatione, cùm per contestationem nulla potuerit fieri nouatio præcedentis obligationis quæ nulla fuit, vt disputauimus in Decade superiore. Et consequenter illud ipsum quod fuit in petitione tempore litis contestatæ, remanet in actione & in præstatione, id est rei petitæ restitutio. Ergo illa semper quæstio examinanda superest, an petitor habeat in ea re ius dominij vel pignoris, Déque eo ipso ante omnia pronunciandū est, vt si petitor intentionem suā probare nequeat statim summoueatur, possessor autem absoluatur, nec vlteriùs procedatur, nisi ad hoc solùm vt expēsarū taxatio fiat, si actor ad eas condemnatus sit, quomodo condemnari debet, si temerè nulloq; iure litē instituerit. Quid. n. aliud facere iudex possit? Sed si actor intentionem suam impleuerit & plenè probauerit, Iudex quidem pro eo pronunciare debet, Videri scilicet rem petitam ipsius esse, At non ideò tamen reū condemnare potest, cuius nimirum factum adhuc nullum interuenit in tota lite propter quod aut ratio iuris aut æquitas aliqua facere possit, vt condemnari debeat. Quid enim fecit reus, nisi quòd litigauit de dominio vel de pignore rei petitæ? Atqui victus est fateor, cùm pronunciatum fuit rem esse petitoris. Sed quid tum? An ideò petitori iam satisfactum est? Minimè. Non enim sola fuit illa petitoris intentio, vt rem suam esse contenderet, sed vt eius restitutionē obtineret. Porrò nihil de eo adhuc pronunciatum est, neque pronunciari potuit, aut debuit, cùm incidere multa possint quę faciant, vt etiam post eiusmodi pronunciationem absolui tamen possessorem oporteat. Puta si is à quo seruus petebatur, eiusdem serui nomine noxali iudicio conuentus & victus eum noxæ dederit vt *in l. à quo* 58. *D. de rei vindic.* Aliquid igitur prætereà fatendum est an tequàm ad possessoris condemnationem deueniatur. Quid verò? Hoc primùm vt arbitretur iudex restitui rem debere, & quidem rectè, id est arbitrio boni viri cum fructibus & omni causa. Quare non est cur quæras cur hanc restitutio-

nem imperet iudex & iubeat per arbitrium potiùs quàm per condemnationẽ. Nam præter id quod vt docuimus in præcedentibus numquam factum deducitur in condemnationẽ, quia ratio exequendi iudicati nulla inueniri posset, cùm ad factum præcisè cogi nemo possit, Iudicatum autem nullomodo mandari executioni, vel non mādari eo modo quo iudicatum est, planè alienũ esset à rerũ iudicatarum authoritate. Vides in proposita specie condemnādi possessoris qui nihil adhuc promiserit aut fecerit, causam nullam esse, ita verò arbitrandi causã esse, Nec illud tamen in executionẽ iudicati, cùm de eo nihil in iudicato & pronunciatione comprehensum sit, sed in consequentiam potiùs primæ illius pronunciationis. Parum enim aut nihil prodesset petitori quòd victus esset possessor, si non posteà rem petitam restituere iuberetur. Secuto igitur arbitrio expectat iudex quid possessor facere velit. Si arbitrio pareat, absoluit eum, quia iam petitori eidémque victori plenissimè satisfactum videt, nulla licèt adhuc facta condemnatione, Quandoquidem arbitrium licèt neque sententia sit, neque condemnatio, tamen condemnationis vim & effectum obtinet. Non quòd ad hoc vt exemplo sententiæ & condemnationis mandari debeat executioni, etiam inuito eo qui victus fuit, sed quantum ad id quod præcipuum est, vt petitori satisfiat, Adeóque commodiùs & conuenientiùs intentioni petitoris, quàm si condemnatio facta esset, nec enim posset condemnatio fieri nisi in pecuniam, cùm tamen petitor rem suam præcisè petat, non rei suæ quantamcumque æstimationem: Arbitrium autem redditur de re ipsa quæ petita fuit cum fructibus restituendis, non de precio ipsius si luendo. Sed si victus possessor arbitrio parêre nolit, tum verò incipit ille aliquid facere propter quod iam dignus est qui condemnetur, cùm spernat arbitrium iudicis, cui Prætor arbitrandi potestatem fecerit, [nisi spernendi causam aliquam iustam habeat vt in specie *d.l.à quo* 58. *De rei vindi.*] Arbitrium, inquam, non quale boni viri cuiuslibet, quod impunè sperni posset, sed quod habuit adnexum iussum & imperium, Cui sicut parêre æquum fuit, ita non parêre malum, ac penè iniuriosum. Cur ergo, inquies, non hoc saltem tempore condemnatur vt rem restituat, vt faciat inuitus quod neque vltrò, neq; arbitrante iudice facere voluit, cùm deberet? Iam dixi, quia ad hoc ipsum condemnari nec potest, nec debet. Non potest, quia cùm restituere sit facti [restituere siquidem est alium possessorem facere fructus reddere, & alia pleraque quæ restitutionis verbo continentur *l.plus est* 22. *De verb.signifi.*] si restitutio vt & aliud factum quodlibet in condemnationem deduceretur nulla iudicati præcisè exequendi ratio superesset, rursúsque ęstimari factum oporteret, vt *in l.stipulationes non diuiduntur* 72. *De verb.obl.* atque ita in iudicati executione fieri de lite lites, & ex primę litis materia litem alteram consurgere, vt loquũtur Imp. *in l.terminato* 3. *C.de fruct.& lit.expen.* quod tamẽ ne vnquã fiat districtè prohibet Prætor *l.*4.*§.ait Prætor.D.de re iudi.* Ne alioqui detur processus in infinitum, nec vllus vnquam sit litium finis *l.*2.*C.de re iudic.l.fratris* 10 *C.de transa.* Non debet, quia necdum obligatus adhuc est possessor ad restituendum, nec quòd iussus restituere ideò factum est quòd sit obligatus, sed vt si nollet restituere hoc ipso se obligaret ad condemnationem, non quidem faciendi, sed pręstandę ęstimationis litis, qualem posteà deduci in condemnationem oporteret. Condemnandus ergo est non vt restituat, sed quia non restituit, cùm & victus sit, & restituendi arbitrium, cui parere noluit, interuenerit. Qualis autem quantáque debeat esse litis ęstimatio, non in arbitrio & religione iudicantis positum est ne cum aduersariis nostris mihi obiicias periculum magnũ subesse, vt iudex,

siue

Digitized by Google

siue affectionis suæ, siue arbitrij sui memor, incorrupti iudicis nomen perferre non possit *l. vlt. C. de adsessor.* sed totum pendet, vel ex authoritate iuris ciuilis, vel ex edicto Prætoris, nec aliam pœnam irrogare iudex potest, quàm quę in eã rem certa constituta est, vel legibus, vel edicto Prætoris, vel authoritate prudẽtum iura constituentium. Itaque in arbitrio quidem permittitur iudici ex bono & ęquo ęstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat *d. §. præterea De act.* sed in condemnatione non item. Inde fit vt qui vindicatione directa conuentus & victus, rémq; restituere iussus parêre noluit, aliter cõdẽnetur, quàm qui actione quod metus causa, aut actione De dolo. Et rursus in ipsa quoq; vindicatione, aliter is qui vel possidet nec vult restituere, vel quod effectu idẽ est dolo desiit possidere, Aliter is qui neque possidet, neque possidere desiit dolo malo. Certa námque singulis casib. pœna cõstituta est aduersus eũ qui arbitrio parêre nolit, & alia atque alia pro casuum ac negotiorum varietate. Aliquãdo condemnatur reus in quadruplum, vt in actione Quod metus causa, Aliquando in id quod reuera interest petitoris vt in hypothecaria, nam ea quoque arbitraria est *l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Aliquando quanti petitor in litem sine vlla taxatione iurauerit, vt *in d. l. qui restituere.* Quæ omnium maxima & grauissima condemnatio esse videtur, vt Paulus innuit *in l. vlt. De fideiu.* in illis verbis *& cùm reus haberet possessionem, noluit eam restituere, & ideò magno condemnatus est.* Et vt intelligas condemnationem illam fieri non iure obligationis alicuius, sed in pœnam contumacię, ob id quòd victus non fecerit id quod vt arbitrio parêret facere debuit. Respõdet Paulus eo loco, Fideiussores procuratoris, qui de rato cauerat, & succubuerat, non debere in id amplius condẽnare, quod stipulator à domino posteà victus, magnam quantitatẽ ex condemnatione præstiterit, Et rationem subiungit *hoc enim non debet imputari fideiussorib. quod ille propter suã pœnam præstitit.* Pœna enim est & quidem grauissima si quis condemnetur, quãti aduersarius in litem, maximè verò sine vlla taxatione iurauerit, cùm non fiat res pluris per iusiurandum, sed ob contumaciam possessoris æstimetur vltra suũ preciũ *l. 1. D. de in lit. iur.* Sic & in actione Quod metus causa pœna tripli est, quoniam in quadruplo simplum continetur *l. item si cùm 14. §. quatenus D. quod met. caus.* Scilicet si rem æstimes & condemnationem ex parte actoris, qui cùm quadruplum consequitur, in quo & rei persecutio continetur, non nisi triplum habet ex alieno: At si inspicias ius cõdẽnationis ex parte possessoris totum quadruplũ in pœna est quia nisi pœnã mereretur ille ob id quòd rẽ restituere, & arbitrio iudicis parêre noluit, nullã posset pati condẽnationẽ, ne in obolo quidẽ, tametsi eã rẽ retineret, quam pronunciatũ esset per metũ aut per vim extortã esse. Neq; apud me dubium est quin & Vlpianus & cæteri prudentes ita sẽserint, quamuis Tribonianus contrà putauerit, cuius esse totum illum §. ostendimus in Coniecturis. Atque hæc quidem in omnibus iis actionibus quæ verè arbitrariæ sunt, sic obtinent, si excipias illam De eo quod certo loco, in qua docuimus esse aliquid diuersum, quòd habet multa specialia, propter quæ speciali quodam iure, ac nomine arbitraria nuncupatur. Habent itaque actiones arbitrariæ similitudinem magnam cum actionibus bonæ fidei, quod pertinet ad arbitrium in quo iudex omnia ęstimat, non quidẽ ex bona fide, cui nullus in arbitrariis locus esse ideò potest, quòd in iis non agatur de fide data, sed tamen ex bono & æquo *d. §. præterea,* [latiùs enim patet boni & æqui, quàm bonæ fidei potestas & significatio] sed sunt similes etiam strictis in eo quòd licèt non strictam, sed largam vt plurimùm, certam tamen & præcisam habent condemnatio-

nem, cui neque æquitatis neque alio vllo prætextu addere quicquam iudex possit, aut detrahere. Sed in cæteris omnibus sunt actiones arbitrariæ actionibus bonæ fidei & strictis dissimillimæ. Nam in his neque pronunciationem vllam præcedere, neque arbitriũ aliquod interuenire necesse est, sed post discussam facti quæstionem, si appareat eum debere qui obligatus dicitur, siue ex contractu, vel quasi, siue ex maleficio, vel quasi, nec vlla exceptione iusta reum defendi, Cogitur Iudex vel ex ipsius formulæ verbis & pronunciare Reum cõtra quem agitur id debere de quo agitur, & eum ad tantam pecuniam, quanta est quæ debetur, condemnare. Cur enim bis pronunciaret, aut condemnationem differret, cùm parata sit ex obligatione condemnationis materia? Aut cur in arbitrium deduceret quòd rectà in condemnationem deducere potest? Nulla certè subest necessitas interponendi arbitrij, Nulla rursum diuidendę pronunciationis, Nulla denique differendæ condemnationis, sed rectà decurrit iudex ad faciendam litis æstimationem per sententiam, quæ quoniam condemnationem habet, sicut & è contrario absolutionem contineret, si actor aut in probanda intentione sua mancus, aut exceptionibus iustis summouendus fuisset, non solùm sententiæ nomen meretur, sed etiam rei iudicatæ, cùm toti liti & controuersiæ finem imponat *leg. 1. D. de re iudicat. leg. 3. Cod. de sent. & interlocut. omn. iudic.* Ideóque post eam sententiam latam nihil superest, nisi vt iudicati executio fiat, Et quidem non ab illo ipso iudice qui iudicauit, quem scilicet constat officio suo ita functum esse, vt nihil amplius agere in ea causa possit, ne quidem eodem die *l. iudex posteaquàm* 55. *l. cùm quærebatur* 62. *eodem.* Sed à Prætore, aut alio Magistratu qui eum dedit, ad quem pertinet exequi sententias iudicum à se datorum, Maximè post rescriptum Diui Pij de quo *in leg. à Diuo Pio* 15. *in princip. eodem.* Ex quo intelligimus, si verum esset quod isti putant, Sententiam illam qua pronunciat iudex datus in iudicio vindicationis, Videri rem petitam esse petitoris, pro sententia diffinitiua, & condemnatione habendam esse, non amplius fore in potestate iudicis vt quicquam arbitraretur De re restituenda, siue arbitrium illud accipias cum aduersariis pro executione iudicati, siue cum vulgaribus interpretibus pro noua quadam sententia, siue nobiscum pro interlocutione quadam præparatoria condemnationis. Nihil enim istorum facere post rem iudicatam & condemnationem iudex potest, Tantùm distat vt priori condemnationi aliam possit addere ex quacunque causa. Nam neque Prætor ipse facere id posset, si sententiam ipse tulisset. Quamuis plus iuris habeat quàm iudex datus in eo quòd licet rescindere sententiam suam præcedentem non possit, ne quidem eodem die non magis quàm iudex pedaneus. Reliqua tamen quæ ad consequentiam quidem iam statutorum pertinent priori tamen sententiæ desunt, potest & debet supplere eodem die dum ne ad condemnandum reum pertineant, aut ad absoluendum. *l. Paulus respondit rescindere* 42. *eo.* vbi non dubito quin pro *circa* legendum sit *citra* in illis verbis *circa condemnandum reum vel absoluendum.* Quomodo enim fieri posset, vt adderetur aliquid condemnationi, vel detraheretur quin sententia saltem ex parte rescinderetur? Cuius scilicet substantia in condemnatione vel absolutione consistit *dicta lege prima, eod. argum. leg. pacta conuenta* 72. *in fin. De contrah. emption.* Et ita conciliari debet *dicta lex Paulus*, *cum dicta lege cùm quærebatur.* Non quomodo nostri vulgò conciliant, distinguentes duntaxat

principale

principale ab accessoriis, non autem iudicem pedaneum de quo *in d.l.cùm quaerebatur*, à Praetore de quo *in d.l.Paulus.*

ERROR SECVNDVS.

De restitutione & solutione quae fit in iudiciis bonae fidei & stricti ante condemnationem.

SCRVPVLVS hic à nobis tollendus est, quem aduersariorum subtilitas iniecit, qui ne cogantur fateri directam & ciuilem vindicationem esse arbitrariam, cùm tamen negare non possint in eius actionis formula solitum fuisse Praetorem addere ea verba *neque res restituetur*, Aiunt non esse ex clausula illa aestimandas actiones arbitrarias, probántque ex eo quòd in caeteris quoque actionibus omnibus siue bonae fidei essent, siue stricti iuris aequè soleret Praetor addere, *nisi ea res praestetur, nisi ea pecunia soluatur, vel eo nomine satisfiat*, vt reo conuento potestas esset vsque ad sententiam soluendi praestandíque quod petebatur, atque ita euitandi cōdemnationem. Idque nimirum esse quod vulgò iactari solebat, Omnia iudicia esse absolutoria *§.vltim. Insti. de perpet. & temp. except.* Proinde supradictam clausulam fecisse iudicia absolutoria, non arbitraria. Nos verò praeter illa quae iam docuimus in praecedentibus, Quo sensu quáve ratione ab antiquis prudentibus dictum sit, Absolutoria esse iudicia omnia, ostendamus iam quantum olim interfuerit & hodie quoque intersit inter eam restitutionem quam iure vetere fieri necesse erat in iudicio vindicationis ad euitandam condemnationem, & eam solutionem quae in caeteris iudiciis fieri poterat, & debebat ante sententiam, vt absolutio sequi posset. Primum omnium, Restitutio quae fiebat in iudicio vindicationis fiebat proculdubio ex iussu & arbitrio iudicis dati, vt apparet *ex l.qui restituere 68.D.de rei vindic.* & aliis locis omnibus qui de hoc arbitrio loquuntur. Solutio autem, quae in aliis iudiciis fieri poterat, non iussu aliquo iudicis fiebat, sed sola illius voluntate qui conueniebatur. Quonam enim iure potuisset iudex addictus iudicio, siue bonae fidei, siue stricti iuris, iubere eum soluere, quem nondum pronunciasset debere? Aut vbi quaestione facti discussa comperisset ac pronunciasset eum debere, quidni eâdem sententia & pronunciatione eundem condemnasset? Quid enim erat, quod remorari posset condemnationem, quominùs condemnari statim deberet is, quem debitorem esse constitisset? Non igitur debebat vllam pronunciationem expectare, vt solueret ad euitandam condemnationem. Sed pendente duntaxat facti quaestione liberum erat ei vt solueret: cùm praeuidere posset & deberet, vt statim atque de facto cognitum esset pronunciari contra eum & pariter condemnationem fieri oporteret. Deinde quod superiori differētiae omnino consequēs fuit post arbitriū quod in iudicio vindicationis ex necessitate formulae reddi oportebat, dabatur victo necdum tamen condemnato tempus ad restituendum quantùm ex aequitate indulgēdum videbatur pro causarum & personarum varietate: dum ne tamen frustrandi causa peteretur *§.& si in rem Inst.de offic.iudic.l.certum 6.§.sed etsi fundum vers.dabitur. D.de confes.* At in actionibus bonae fidei & stricti iuris nullum reo dabatur tempus ad soluendum, manebátque duntaxat in ipsius facultate & arbitrio, vt solueret si vellet, &

quãdo vellet, scilicet ante condẽnationem. Nam post sententiã cõdemnatoriã, non aliud tempus habebat debitor ad soluendum nisi legitimum quod condẽnatis omnib. dabatur ad satisfaciendum iudicato. Quod tempus non ex arbitrio iudicis pendebat, sed vt legitimum erat ita certum suisque finibus conclusum, Vnde & legitimum tempus appellatur. Ac quamuis possit interdum tempus illud aut arctari aut prorogari pro causæ qualitate, & quantitate vel personarum obsequio vel contumacia vt scribit Vlp. *in l. 2. De re iudic.* tamen neque id nisi perrarò fieri debet, vt eadem lex ait, neque à iudice dato & pedaneo, sed ab eo tãtùm qui pro tribunali cognoscit, hoc est à Prętore, aut alio magistratu qui iudicem dedit, & qui tribunal & iurisdictionem habet, & ad quẽ solũ tota executionis iudicati causa pertinet *l. à Diuo Pio 15 eod.* Quare nec puto verũ esse quod aduersarij pro vero supponunt, nec tamen probant, In formulis iudiciorum bonæ fidei vel stricti iuris solitam fuisse apponi clausulam illam *ni ea pecunia soluatur.* Alioqui non potuisset iudex etiã post discussam facti quæstionẽ pronunciare contra debitorem, quem debere cognouisset, eúmque cõdemnare, nisi facta etiã de illo priùs inquisitione, an soluisset aut aliter satisfecisset necne, sicut in iudicio vindicationis euenit, vt non minùs necesse sit constare iudici, quòd possessor arbitrio nõ paruerit intra tempus pręstitutũ, quódq; tempus illud pręterierit, quàm quòd res sit petitoris, vt possessor cõdẽnari possit. At neque verũ illud est, in arbitrio & potestate esse debitoris vt soluat eam rẽ de qua iudicium acceptum fuit, aut vt solutionẽ offerendo, adeóq; si voles etiam obsignando declinet cõdemnationem. Quid enim si non pecuniam ex obligatione debuit, sed fundum Tusculanum, aut vinũ, aut triticũ, aut quid aliud simile quod aliã atq; aliã pro tẽporũ varietate recipiat æstimationẽ? Nihil aget reus si post litẽ contestatã, & accepto iã iudicio illud ipsũ præstare velit quod fuit in priore obligatione. Quippe quę sublata & nouata fuerit per cõtestationẽ, ita vt ex eo tẽpore cœperit deberi nõ ipsa res amplius quæ antea debebatur, sed eius ęstimatio & quãti res fuit eo tẽpore litis contestatæ *l. vinum 22. De reb. cred. l. vlt. De condi. tritic. l. hominem 37. D. mand. l. 3. §. in hac. D. commod. l. fundum 28. De nouat.* Nimirũ extra cõdictionẽ triticariã, quæ specialẽ habet rationẽ vt in ea cõdẽnationis tẽpus in re æstimãda spectari oporteat, & interim liberum sit rẽ ipsã soluere *l. pen. D. de cond. trit.* Hoc verò cur ita? nisi quia vnaquęq; res æstimanda est ex eo tẽpore quo nouissimè solui potuit *l. si Calendis 1. D. de re iudic.* Post litem verò contestatam solui amplius non potest id quod in diem vsq; illũ solui potuit & debuit extra causam, vt dixi condictionis triticarię. Ergo lis necessariò ęstimãda est per iudicẽ, eáque litis æstimatio deducẽda in cõdẽnationẽ, & cõsequẽter antequàm facta sit ea ęstimatio, & in cõdẽnationẽ deducta, non potest certò scire debitor, quid & quantum soluendũ habeat, nisi de eo conueniat cum creditore. Quo casu adhuc tamen necessaria condemnatio est si creditori satisfactum non sit, quãuis non aliam sententiam ferre iudex debeat, quàm de qua conuenit inter litigatores *l. si conuenerit 26. De re iudi.* Vel absolutio si creditori à debitore satisfactum proponatur *d. §. vlt. Inst. de perpet. & temp. act.* vbi obseruãdum est ita Tribonianum scribere vt dicat si ante rem iudicatã is cum quo actum est satisfaciat actori officio iudicis contineri & conuenire vt eum absoluat, licèt in ea causa fuisset iudicij accipiendi tempore vt damnari deberet. Non ait *si actori soluat,* aut *si soluere paratus sit.* Imò neque ita *si offerat satisfactionem sed si satisfaciat actori.* Nempe quia hoc casu satisfactio non tantùm pro solutione est, vt aliàs esse solet *l. satisfactio 56. D. de solut.* Sed etiam plus hac parte potest quàm solutio. Ita
demùm

demùm.n.solutio plenā parit liberationē, si illud ipsum soluatur quod debetur, nec minùs sit in soluto quàm in debito. Adeò vt si quid vel minimū erratum sit in quantitate debiti cùm facta est datio in solutū, nulla ex parte tollatur obligatio *l.si non sortem 26.§.si centum D.de cond.indeb.* Porrò ante factam litis ęstimationē à iudice, scire litigatores non possunt quid & quantum debeatur. At cùm de satisfactione tractamus nihil aliud inquirimus, nisi quid creditor voluerit, & an illud ipsum ei à debitore præstitū sit *l.si rem 9.§.omnis pecunia D.de pign.act.* quod sine iudice ac inter solos litigatores siue in iudicio siue extra iudiciū fieri commodè semper potest. Proinde nihil vetat debitorem etiam qui soluere non possit ad se liberandum, liberari tamen per satisfactionem, quia satisfecisse semper prodest, licèt nihil prosit satisfactionē offerre petēti solutionē *d.§.omnis &* *l.seq.l.itē liberatur 6.§.1.D.quib.mod pig.vel hypoth.soluit.* Sunt igitur iudicia omnia absolutoria, si ante rē iudicatā re* satisfaciat actori, nō etiā si velit soluere ac recusante creditore obsignare aut rē ipsā quæ petita fuit per litis contestationē, aut iustā eius rei ęstimationē, antequā lis à iudice æstimata sit: ac proinde nō potuit, nec debuit in formulis poni clausula illa *nisi soluatur*, sed illa potiùs, *nisi actori satisfiat.* Quæ tamen si apposita fuisset, non priùs vtiq; iudex ad condēnationē irrogandam descendere potuisset, quàm reo dedisset tempus ad satisfaciendum: Quod certè nec vnquā factū est, nec fieri vllomodo potuit, non ob id solū quod satisfactio neque in obligatione est, neq; in oblatione, sed tātū in præstatione, si actoris volūtas & cōsensus accedat, ideóq; ad iudicis officiū nō pertinet, vt de ea quicquā cōstituat, sed etiā quia si ius ita cōparatū esset, non daretur cōdēnato tēpus quod ei datur post cōdēnationem ad satisfaciendū iudicato: quippe quod iā datū fuisset ante iudicatū. Neq; debuisset Labeo in edicto Prætoris interpretādo De re iudicata monere, post illa verba edicti *condemnatus ni pecuniam soluat* debuisse Pretorem addere *neque eo nomine satisfaciat*, si iam ante sententiam accepto tempore ad satisfaciendum satisfacere neglexisset. Et tamen sic Labeo ad Edictū annotauit vt Vlp. refert *in l.4.§.ait Prator De re iud.* Nec immeritò, nisi Prætorem melior illa ratio mouisset, vt solutionis duntaxat mentionem faceret, non satisfactionis, quod noluit ex obligationib. obligationes fieri ne fierent de lite lites vt ibidem Vlp. ait. Sed & obseruandum illud est, quod Tribonianus ait *in d.§.vlt.* Officio iudicis conuenire vt absoluat reum, qui ante rem iudicatā satisfecit actori. Nec enim dicitur officio iudicis fieri, quod fit ex verbis præcisis formulæ, sed potiùs ex necessitate, cū adeò sit iudex addictus formulæ, vt nihil omnino prętermittere possit eorū omniū, quę per formulā pręscripta ei sūt, & imperata. Est.n.aliud Iudicis potestati aliquid permitti, Aliud subiici iuris necessitati *l.non quicquid 40.D.de iud.* Et absolutionē hāc fieri nō ex verbis formulę, sed ex solo iudicis officio, cui locus sit etiā in pœnalib. probatū nō ineleganter *l.hoc edicto 5.D.de publ.& vectig.* Sic dicimus ad officiū iudicis pertinere, vt etiā ex iudicio stricto cōdēnet reū ad restitutionē fructuū ex re quę fuit actoris, post litē cōtestatā perceptorū *l.videamus 38.§.si actionē De vsur.* cū tamē nemo dixerit officio iudicis fieri vt res ipsa quę cōdicitur in condēnationē deducatur. Fit enim id potestate iudicij & formulæ non officio iudicis, quomodo & in iudiciis bonæ fidei eas demum præstationes dicimus venire & applicari officio iudicis quæ non sunt in obligatione *l. qui per collusionem 49.§. 1. D. de action. empt. l. quæro 54. D. locat.* Sic & in arbitrariis actionibus fit restitutio rei petitæ, non officio sed arbitrio iudicis, quia fit ex formula, & consequenter ex necessitate *l. officium 9. D. de rei vindicat.* vbi Vlpianus monet, officium

iudicis in rei vindicatione versari in eo vt inspiciat an reus possideat necne, nō etiā inspecto illo, Qua ex causa possideat, Quia, inquit, vbi probaui rē meā esse, habebit necesse possessor restituere, qui non obiecit aliquā exceptionē. Necesse, inquam, necessitate non præcisa, sed, vt loquuntur, causatiua, id est nisi malit grauiorem illam pati condemnationem Quanti actor sua interesse in litem iurauerit sine vlla taxatione *l. qui restituere 68. eod.* Sunt & alia pleraque ad officium iudicis in rei vindicatione cæterisque arbitrariis iudiciis pertinentia, vt puta circa cautiones præstandas, de quibus *in l. si post acceptum 18. & seq. l. hæc si res 47. l. is à quo 57. & seq. & pass. eod. tit. l. item si cùm 14. §. quatenus & pass. D. quod met. caus.* & alia huiusmodi, quoniam de iis in formula nihil imperatum est, cùm tamen ea fieri necesse sit vt iudex & viri boni, & æqui iudicis officio functus videri possit. Alia quoque manifesta differentia est inter eam restitutionem quæ fit in directa rei vindicatione cæterisque arbitrariis, & eam solutionem aut potiùs satisfactionem quam sponte facere in aliis iudiciis potest reus ante condemnationem, actore consentiente, quòd restitutio in arbitrariis imperatur à iudice, vt si non fiat, locum aperiat condemnationi in pœnam contumaciæ, cuius reum se fecit possessor, qui tam iusto arbitrio iudicis parêre noluit. Itaque si non restituat reus condemnatur, non quia rem alienam possideat aut quod victus sit in quæstione dominij, sed ob hoc solùm quòd arbitrio non paruerit. Et è contrario si paruerit absoluitur, non quia paruit, sed quia condemnari numquam debuit, totámque condemnationis materiam subtraxit iudici parendo arbitrio, & rem restituendo. At in cæteris iudiciis, si debitor ante rem iudicatam non satisfaciat condemnatur, non quia non satisfecerit si quæras condemnationis causam proximam & immediatam, sed quia fuit obligatus. Si verò satisfaciat, absoluitur, non quia condemnari non debuerit, sed quia soluit aut aliter satisfecit. Deniq; in arbitrariis absoluitur reus, si arbitrio pareat, quia nūquā in eo fuit vt cōdēnari potuerit, aut debuerit, cū neq; possessio ipsius, quæ conueniendi eius causā dedit, neq; quòd victus sit in quæstione dominij, neq; arbitriū iudicis de re restituenda condēnationis materiam vllam præbeat, sed sola contumacia, quæ sicuti condemnationem præcedere, ita subsequi arbitrium debet. In cæteris verò iudiciis qui non satisfecit ante sententiam, condemnatur, Non quia illius mora & cessatio locum aperiat condemnationi, sed quoniam fuit iam condemnandus eo tempore quo iudicium accepit *d. §. vltim. De perpet. & temp. act.* Possessor condemnatur, quia spernendo arbitrium iudicis tale quid fecit propter quod condemnari debeat. Debitor autem qui non soluit, ideò condemnatur, quòd nihil fecerit eorum quæ facere debuit, ne condemnaretur. Ex his igitur apparet, quàm dissimilis sit restitutio quæ fit arbitratu iudicis in actionibus arbitrariis, & solutio aut satisfactio, quàm in aliis iudiciis fieri oportet, vt absolutio sequatur. Eáque nimirum dissimilitudo est, quæ dissimiles etiam facit absolutiones & condemnationes. Absoluitur enim possessor in arbitrariis dummodo paruerit arbitrio, siue actor velit, siue nolit, Quin & interdum etiamsi nō paruerit, dummodo causam aliquam iustam habuerit non parendi, vt *in d. l. à quo 58. De rei vindic.* At in aliis iudiciis debitor qui nullam habet exceptionem absolui numquam potest, inuito actore, quia nec satisfacere potest, nisi volenti cùm satisfecisse nil aliud sit quàm id fecisse quod creditor voluit *d. l. si rem 9. §. omnis De pignor. act.* dummodò non nolit quod velle debeat, neque rursum absolui vnquam potest si non satisfaciat, quia debet. In arbitrariis, qui absoluitur plerunque cauere cogitur de aliqua re facienda vel non facienda, *vt in l. si à bona fidei*

na fidei 21.d.l.si post 18.& seq.d.l.hac si res 47.d.l.is à quo 57.& pass.De rei vindic. In cæteris qui absoluitur nullis cautionibus oneratur, maximè si iudicio stricti iuris actum proponatur. Similiter quod ad condemnationem pertinet, fit illa longè grauior in arbitrariis quia fit in pœnam neglecti arbitrij *l.vlt.D.de fideiuss.d.l. qui restituere.* In cæteris autem numquam debitor ob id grauiùs condemnatur, quòd non soluerit, Ne quidem ad vsuras, si stricto iudicio conuentus fuit, quia nec aliam ob causam condemnatur, quàm quòd debeat, nisi quòd in bonæ fidei iudiciis etiam fructuum & vsurarum, cæterarúmque accessionum ratio habetur ex die moræ ob æquitatem, & bonam fidem quæ in iis maximè dominatur *d.l.quaero 54.D.locat.* Adde quòd in arbitrariis tùm quoque cùm res petita victori restituta est, adhuc tamen necessaria est condemnatio propter fructus & alias prestationes, siue sponte post arbitrium restituerit, siue possessionis translationē manu militari fieri passus sit *d.l.qui restituere.* At in aliis, siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, nulla potest fieri condemnatio propter accessiones quæ non in obligatione, sed officio iudicis tantùm debitæ fuerunt, si negotium principale finitum & terminatum sit, siue per sententiam, siue per conuentionem *dict.l.qui per collusionem 49.in fin.de action.empt.l.terminato 3.C.de fructib.& lit.expens.* Iam ad alios quoque scrupulos potiùs quàm scopulos superandos veniamus.

ERROR TERTIVS.

An arbitrium iudicis aliquod sit, quod primam pronunciationem præcedat in arbitrariis.

QVI negant ciuilem & directam vindicationem esse arbitrariam, fatentur tamen in ea fieri restitutionem arbitrio & arbitratu iudicis. Nec enim audent negare quod tam apertè scriptum est *in l.qui restituere 68.in princip.& in fin. D.de rei vindic.* Sed dicunt non esse arbitrium illud ex quo æstimantur actiones arbitrariæ: Quoniam, inquiunt, sequitur sententiam & condemnationem, id est primam illam pronunciationem qua iudex pronūciat videri fundum esse petitoris, quam ipsi accipiunt pro sententia & condemnatione. Arbitrium autem, ex quo volunt illi arbitrarias actiones æstimari, cùm ex nostra opinione veráque iuris ratione debeat præcedere condemnationem, dicunt non aliud esse posse, quàm quòd præcedat primam illam pronunciationem. Quod neque nos negare possemus si talem pronunciationem pro condemnatione habendam esse fateremur. Conuenit namque inter nos arbitrium iudicis ex quo pendent actiones arbitrariæ reddi debere ante condemnationem, Itémque arbitrium illud quod in iudicio vindicationis interuenit de re restituenda, non priùs reddi quàm pronunciatum sit rem esse petitoris. Sed negamus, quod illi adfirmant, esse aliud arbitrium vllum quod interuenire possit aut debeat antequàm de petitoris iure pronuncietur. Quam in sententiam mouemur primùm ex eo quia commentitij huius arbitrij, quod primam illam pronunciationem debeat præcedere, nulla prorsus in libris nostris mentio reperitur, Cùm tamen arbitrij quod pronunciationem illam sequitur, toties mentio fiat, quoties de arbitrariis actionib. tractatur. Item ex eo quod secundum illam sententiam sequeretur, In arbitrariis a-

ctionibus duo reddi arbitria, Vnum ante primam pronunciationem, Alterum postea. Quod certè non minùs absurdum & ridiculum fuerit, quàm quod aliis placet, duas in iis fieri condemnationes, Priorem illam qua pronũciatur rẽ meã esse, Posteriorẽ alteram, qua in executione prioris iudicati lis æstimatur ob rem non restitutam, quanti ego in litem iurauero. Quamquã istorum error de duplici condemnatione licet non probabilior, aliqua tamen excusatione dignior videtur. Non.n.negare possumus, quin iudex in huiusmodi actionibus arbitrariis bis iudicet. Primùm cùm post examinatam diligentissimè facti quæstionem pronunciat videri rem esse petitor s, aut à petitore quasi vsucaptam, aut petitori obligatam, aut vi vel metu vel dolo extortam: Quam pronunciationẽ constat & sententiæ & iudicati non tantùm nomen habere, sed etiam vim & potestatem, & iam ex eo tempore victum dici eũ qui conueniebatur, *l. & ex diuerso 35.§.1.D.de rei vindic.l.Pomponius 40.§.sed & is qui D.de procur. l. certum 6. §.sed etsi D.de confess.l.vlt.D.de fideiuss.* Deinde iudicat iterum iudex cùm post redditum arbitrium De re restituenda cui parere possessor noluerit, condemnat reum aut quanti petitor in litem iurauerit, Aut quanti eius reuera interfit, Aut in quadruplum, aut quo alio modo. Hanc.n.veram imò vnicam condemnationem esse apparet *ex d.l.qui restituere, & ex l.item si cum 14.§.1.& pass.D.quod met.caus.l.arbitrio 18.D.de dolo.* Quòd si condemnatio ista est, qua fronte possis negare sententiam quoque illam esse? Nam & sententia dicitur *in d.l.item si §. hac autem actio & §.quatenus quod met.caus.* Quidni verò? Cùm sententia ea demùm dicatur, quæ liti & controuersiæ finem imponit, vel absolutione, vel condemnatione *d.l.1.l.quod iussit 14.l.à Diuo Pio 15.in princip.& §.1.& pass. D.de re iudic.* Sed tamen non statim consequens est vt in arbitrariis duæ fiant condemnationes, quoniam prima illa pronunciatio quam nos sententiam esse non negamus, condemnatio tamen dici non possit, vt in præcedentibus docuimus, neque ex ea nasci actio vlla iudicati. Ad quid.n.daretur actio illa iudicati? An ad hoc vt qui victus esset in quæstione dominij, si de vindicationis iudicio tractemus, aut in quæstione metus illati, vel violentię vt deinceps actionẽ Quod metus causa pro exemplo sumamus quam arbitrariam esse omnes fatentur, rẽ petitam restituere cogeretur? Nec enim de eo quicquã pronunciatum fuit, & priùs est vt victus iubeatur restituere, quod per illam primam pronunciationem non fit, quàm vt cogatur. Iussum verò illud non fieri vi & potestate sententię, sed arbitrio & arbitratu iudicis etiam in rei vindicatione constat *ex d.l. qui restituere in princip.& in fin.* At siue in actione Quod metus causa siue in alia vlla arbitraria duplex arbitrium reddi, Vnum quod primam illam pronunciationem præcedat, Alterum quod sequatur, nullibi certè scriptum est. Neque verò illi ipsi qui prius illud arbitrium comminiscuntur, possunt facilè dicere quid aut quale sit, quod volunt. Sic tamen diffiniunt vt dicant esse æquitatem ex edicto Prætoris descendentem, qua pemittit Iudex reo rem restituere vsque ad sententiam vt vitetur condemnatio. Quòd aiunt esse æquitatem benè quidem, quoniam in arbitrariis omnibus iudiciis generale est vt iudex arbitretur, & æstimet ex bono, & æquo quemadmodum actori satisfieri oporteat *§.præterea. Inst.de action.* Sed quod addunt *ex edicto Prætoris descendentem* falsum est. Non tam enim ex edicto descendit illa æquitas quàm ex formula, si causam immediatam respicias, si verò mediatam, ex æquitate & natura negotij potiùs quàm ex edicto. Tùm quoque cùm edictum ita conceptum est *neque arbitratu*

iudicis

iudicis ea res restituetur, vt edictum Quod metus causa *d. §. quatenus.* Nec enim ita fert natura negotij quòd edicti verba sic habeant, sed è contrario sic verba edicti concepta sunt, quoniam ipsius negotij natura & æquitas sic ferebat. Idque ita esse vel ex eo maximè apparet, quòd in iis quoque arbitrariis actionibus quę ex nullo edicto Prætoris descendunt, sed merè sunt ciuiles idem omnino iuris obtinet, vt in directa rei vindicatione, itémque confessoria & negatoria, atque aliis similibus. Sed cautè & ex proposito voluerunt illi hæc verba in definitione addere vt errorem suum tuerentur, & ciuiles omnes actiones à numero arbitrariarum excluderent. Sed reliquas definitionis partes persequamur. Aiunt *qua permittit iudex.* Hic verò apertè incipiunt labi, ne dicam cæcutire. Arbitrium enim iudicis in actionibus arbitrariis non fit ad permittendum, sed ad iubendum, vt id fiat quod arbitratur iudex fieri ex bono & æquo debere, quo actori satisfiat *dict. §. prætereà dict. leg. qui restituere.* Et quamuis totum tempus quod inter arbitrium & sententiam intercedit, liberum sit reo ad satisfaciendum, vt euitet condemnationem: Id tamen non fit potestate arbitrij, sed ex clementia Prætoris cùm tractamus de actione arbitraria quæ sit Prætoria *dict. leg. item si cùm 14. §. 1. vers. satis clementer D. quod met. caus.* adeóque ex natura ipsius actionis arbitrariæ, tùm quoque cùm ciuilis est *§. hæc autem actio eiusdem leg.* quia cùm in arbitrariis non alia sit ratio ferendæ contra reum sententiæ & condemnationis, nisi quòd arbitrio parêre noluerit, vt diximus, omnino consequens est vt in rei potestate sit & esse debeat satisfaciendo arbitrio quandocunque ante sententiam euitare condemnationem. Id enim assecutus est iudex quod voluit, cùm arbitrio suo satisfactum esse videt. Ac ne possit reus conqueri ereptam sibi præmaturiùs satisfaciendi facultatem præcipiti festinatione iudicis, qui ad ferendam sententiam citiùs prosilierit quàm facere deberet, Ob eam causam solet iudex & debet præstituere illi tempus, intra quod possit ille arbitrio satisfacere. Quo elapso si satisfactum non sit, ferri sententia quandocunque potest *§. 1. Institut. de offic. iudic. l. certum 6. §. sed & si fundum D. de co fession.* Sed & falsum est, In actionibus arbitrariis reddi arbitrium de satisfaciendo, Imò verò redditur, De ea re quæ petitur præcisè restituenda. Nam satisfacere quandocunque licèt reo, cùm nihil sit aliud satisfacere, quàm præstare actori illud ipsum quod vult, siue illud sit quod debetur, siue aliud quidlibet *l. si rem 9. §. omnis pecunia D. de pignor. action. l. item liberatur 6. §. 1. D. quibus modis pignus vel hypoth. soluit.* Quod etiam post condemnationem & in iudicati executione fieri nihil vetat *leg. 4. §. ait Prætor. D. de re iudicat.* At rem restituere & arbitrio parêre postquàm lis æstimata, & in condemnationem deducta est non licet, cùm exinde incipiat pecunia deberi, nec de restitutione facienda amplius quærendum sit *l. si fundus 16. §. si pluris D. de pignor.* Deinde verò qui fieri potest vt iudex permittat reo satisfacere arbitrio, quin arbitrium præcedat? Prius enim est vt arbitrium redditum sit, quàm vt sciri possit quid ex arbitrio fieri oporteat, Præsertim cùm in actionibus arbitrariis, quia dantur contra non obligatum, nihil possit actor petere, nisi vt rem quam petit, suam esse pronuncietur, Cætera omnia partim, arbitrio partim officio iudicis permittuntur. Tota namque petitoris intentio in contestatione quę fit apud Prętorem iudicij accipiendi tempore illis verbis concluditur, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.*

Et in actione Quod metus causa, *Hanc rem mihi per vim aut per metum extortam esse dico*. Ideóque nec aliud pronunciat iudex nisi hoc vnum *videri rem esse petitoris* aut *videri rem extortam per vim fuisse*, nulla restitutionis facta mentione, nec in petitione nec in prima pronunciatione: quoniam nec is qui rem alienam possidet, quantumuis mala fide obligatus vllomodo est ad restituendum, ne tum quidem cùm arbitrium iudicis intercedit De re restituenda. Denique restitutio rei in præstatione tantùm est, siue ante, siue post arbitrium. Numquã verò in obligatione nec proinde in petitione vnquam aut in condemnatione. Quis enim dicat supradicta pronunciationis formula deduci rem in condemnationem? An non debet semper dirigi in personam non in rem? Fateor interdum rem ipsam conueniri non personam, vt in omnibus in rem actionibus quæ nec aliam ob causam in rem dicuntur *l. vlt. & pass. D. de rei vindic.* & aliis nonnullis *l. denique 19. D. de iur. fisc.* Sed nego ipsam rem vnquam condemnari, quia nec iudicato satisfacere res vnquam potest, sed tantùm persona. Et idcirco solent pragmatici dicere nec malè condemnationes omnes esse personales *l. 1. & 2. C. si plur. vna sent. condemn. fuer.* Et tamen accipiunt aduersarij pronunciationem hanc pro condemnatione, & volunt arbitrium illud ex quo æstimant actiones arbitrarias priùs interuenire debere quàm ad pronunciationem istam perueniatur. Fateantur ergo necesse est priùs arbitrari iudicem de re quæ petitur, & quæ per vim extorta esse dicitur, restituenda petitori, quàm cognouerit & pronunciauerit rem extortam per vim fuisse. Alioquin an non planè stultus sit & iniquus iudex, rémque à boni viri arbitrio alienam facturus, si arbitretur debere actori rem restitui quasi extortam ei per vim aut metum, priùs quàm cognouerit an sit extorta, necne? Hinc nimirum est quod coguntur dicere, Iudicem datum in huiusmodi actione Quod metus causa, debere arbitrari ante illam pronunciationem quidem *Restitui rem oportere*, sed causa tamen summatim cognita. Sed quid hoc est obsecro? Summaria ergo duntaxat, non plena causæ cognitio interueniet vt sciatur an reus rem petitam ab actore per vim vel per metum extorserit? Imò plenissimam causæ cognitionem super hoc adhiberi omnino necesse est, cùm in hoc vno vertatur status causæ, totúsque cardo quæstionis facti, ex qua pendet totum ius actionis arbitrariæ. Nam si actor id probare poterit, haud dubiè obtinebit, non hactenus tantùm vt pronuncietur extortam ei rem fuisse per vim aut metum, sed etiam vt post illam pronunciationem arbitretur iudex quasi in consequentiam eius pronunciationis ei rem restitui debere, Vtque nisi intra tempus arbitrio præstitutum ea restitutio fiat, condemnetur reus in quadruplum. Itaque post illam pronunciationem dicitur vicisse, quia si nulla possessorem exceptio tuebitur, securus ille est de arbitrio, Securus etiam de condemnatione futura *l. officium 9. D. de rei vindic.* Vbi quod dicitur, *Vbi enim probaui rem meam esse necesse habebit possessor restituere qui non obiecit aliquam exceptionem*, ostendit satis requiri hoc casu ex parte actoris plenissimas probationes, siue quòd nullis reus indigeat exceptionibus quandiu actor plenissimè intentionem suam non probauit *l. qui accusare 4. C. de eden.* Siue quod certum sit possessorem non alij quàm intentionem suam implenti restituere rem debere *l. vltim. C. de rei vindicat.* Idem igitur dicendum est in actione quoque Quod metus causa, vt non summatim, sed plenissimè probari debeat metus qui locum facit restitutioni in integrum ex illa edicti parte. Id enim est quod ait Vlpianus *in d. l. item si cum 9. in hac actione*, in illis verbis *& ideò ad hoc tantùm actor adstringitur vt doceat metum in causa fuisse, vt alicui acceptam*

ptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Et paulò antè *sufficit enim hoc docere metum sibi illatum, vel vim, & ex hac re eum qui conuenitur, & si crimine caret, lucrum tamen sensisse. l. vltim.* ibi, *Sed huiusmodi præsumptioni debet apertissimas violentiæ probationes opponere* & §. *si fœnerator* ibi, *his probatis eo. tit. l. si donationis 7. C. eod.* Præsertim cùm metum non iactationibus vel contestationibus, sed atrocitate facti probari conueniat *l. metum 9. eod.* nec sufficiant præsumptiones, nisi sit præsumptio iuris & de iure, vt *in l. si per impressionem 11. eod. l. vnic. C. si rect. pro. l. vnic. C. si quacunque prædit. potest.* Alioqui præsumptio semper est pro reo vt nunquam videatur aut vim aut metum intulisse, nisi probetur, vel ob hoc ipsum vt suspicio delicti euitetur quę semper euitanda est *l. meritò 51. D. pro socio.* vt & præsumptio doli *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo D. de probat. l. dolum 6. C. de dolo.* In vi autem & metu semper dolus inest vt & in vi metus *leg. 1. D. quod metus causa.* Et verò si summaria tantùm esset illa cognitio quam adhiberi oportet in dirimenda hac quæstione facti, Vtrum vis aut metus interuenerit, necne. Quæro quonam demùm tempore pleniorem illam interuenire oportebit, quam necessariam esse vtique negari non potest, vt plena fiat condemnatio. Alioqui dicendum esset quod nemo vnquam dixit priuilegium hoc esse arbitrariarum actionum, vt minus plenas exigant probationes, Cùm tamen omnium maximas & grauissimas habeant condemnationes, An fortè postquàm arbitratus fuerit iudex datus, Restitui rem debere? Hoc enim arbitrium est quod aduersarij volunt præcedere, & locum facere condemnationi. Atquin dici hoc non potest, quia inauditum est, vt Iudici liceat vnquam arbitrium suum reuocare, non magis quàm sententiam suam diffinitiuam, quā reuocari non posse certissimum est, si quid in iure certum *l. iudex 55. l. cùm quærebatur 62.* iunct. *l. quod iussit 14. De re iudic.* Deinde quia nec potest iudex recusare quominus reū cōdēnet si arbitrio non pareat, nisi iustā causā & excusationē adferat ob quā parêre vel non potuerit, vel nō debuerit, vt *in d. l. à quo 58. D. de rei vindic.* iunct. *§. prætereà Inst. de action.* Quid ergo proderit actori pleniores adferre metus, & violentię probationes post arbitrium iam redditum De re restituenda, cùm tale arbitrium præsupponat iam victum reum? Aut quid ei nocebit mancas & minùs plenas habere probationes, cùm is qui iam meruit arbitrium iudicis, vinci amplius in quęstione facti non possit? Ita ergo fateri necesse est, Si tale arbitrium interueniat, vt aduersarij volunt antequàm pronunciatum sit, Extortam esse rem per vim vel metum, haberi reum pro victo antequàm victus sit, & quidem ita victum, vt vincere amplius non possit. Sed quid absurdiùs, quàm putare permitti Iudici vt arbitretur Rem restitui tanquam extortam per vim & metum [alius enim restitutionis iubendæ color nullus esse potest] antequàm plenè cognouerit, adeóque pronunciauerit, Per vim aut metum extortam rem fuisse. Plenissimam ergo cognitionem facti, plenissimas probationes metus aut violentiæ, & consequenter sententiam & pronunciationem aliquam pro actore interuenire oportet, antequàm arbitrium sequi possit De re restituēda, sicut diximus & fatentur aduersarij euenire in iudicio vindicationis, quam iidem negant esse arbitrariam. Nec audiendi sunt cùm addunt arbitrium hoc quod antè vllam pronunciationem interuenire volunt, in actione Quod metus causa impunè contemni posse, nec eo minùs absolui reum quamuis huic arbitrio non paruerit. Pugnat enim hoc cum definitione illa arbitrariarum actionum, quam tradidit Iustinianus *in dict. §. prætereà*, vbi ait Arbitrarias actiones ex eo æstimari quòd ex arbitrio iudicis pendeant, ita vt ex iis

nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur satisfaciat actori, condemnari debeat. Quid enim prodest reddi arbitrium, si etiam contumax qui arbitrio parere nolit, absolui adhuc possit? Neque simile est quod obiiciunt Præsidem prouinciæ suadendo partibus, vt paciscantur & transigant actionem non tollere, nec vocem omnem iudicis vel magistratus continere rei iudicatæ authoritatem *l. ex stipulatio ie 7. C. de sent ent. & interloc. om. iudic.* Est enim longè dispar ratio arbitrij quod reddit Iudex De re restituenda non quasi priuatus aut alius vir bonus quilibet, sed tanquam iudex, nec sponte & tanquam amicus arbitrator, quem pragmatici amicabilem compositorem appellant, sed ex necessitate formulæ cui est addictus, & in ordine ad condemnationem, quam ex eadem formula facere iubetur, si reus arbitrio parere nolit, & quam facere nullomodo posset, si arbitrium nullum præcederet. Alioqui quomodo possent dici hæ actiones arbitrariæ & ex arbitrio pendentes, si in potestate esset iudicis nihil arbitrari? Sed neque Iudici permittitur à Prætore ex verbis formulæ arbitrari quando, & quomodo velit, Sed ita vt iubeat rem restitui, & hoc ipsum ita demum si actor intentionem suam plenè probauerit. Quibus duabus condicionibus impletis, Prima illa *si paret rem de qua agitur extortam esse per vim aut per metum.* Altera illa *neque res arbitratu tuo restituetur*, condemnationem sequi necesse est extra casum singularem *dicta lege à quo 58. De rei vindicat.* Arbitrium ergo non est quælibet vox Iudicis inter litigatores loquentis, vnde interlocutiones dictæ sunt, aut potiùs ab *interim* quòd pendente iudicio fiant, & ante diffinitiuam sententiam, sed pars quædam iudicij quam necesse est interuenire in executione prioris iudicati ad parandam viam vel absolutioni vel condemnationi. Sed reliqua quæ ad actionem istam Quod metus causa pertinent, vt planiora fiant omnia persequamur.

ERROR QVARTVS.

De restitutione per manum militarem facienda in actione quod metus causa.

PERGVNT vrgere aduersarij, vt ostendant Arbitrium quod interuenit in actione Quod metus causa quam omnes fatentur esse arbitrariam, longè diuersum esse ab eo arbitrio quod in ciuili & directa rei vindicatione redditur, De re restituenda. Et obiiciunt, Post arbitrium tale redditum in actione Quod metus causa non fieri restitutionem manu militari, nec iusiurandum in litem deferri, sed quadrupli condemnationem irrogari *ex lege item si cùm 14. §. 1. & passim. D. quod metus causa.* At in directa rei vindicatione adhibendas esse eas distinctiones quas ponit Vlpianus *in l. qui restituere 68. D. de rei vindicatione.* Vt si is qui restituere iussus est, iudici non pareat cùm possit restituere, transferenda sit ab eo possessio manu militari. Si autem dolo malo fecerit quominùs possit restituere, tanti condemnetur, quanti actor in litem sine vlla taxatione & in infinitum iurauerit. Si verò nec possideat, nec dolo desierit possidere, tunc quanti re vera actoris interest condemnari eum oporteat. Nimirum, inquiunt, quoniam arbitrium

bitrium, quod interuenit in actione Quod metus causa, præcedit sententiam & pronunciationem illam primam quam accipiunt pro condemnatione, nec proinde mandari debet executioni per manum militarem, quippe cui locus esse nec solet, nec debet, nisi in executione iudicati. At in directa rei vindicatione arbitrium illud de quo *in dicta lege qui restituere*, vel iudicati executio est, quia sequitur sententiam qua pronunciatum est rem esse petitoris, vel saltem ea litis æstimatio, quæ si istis credimus in cuiuslibet iudicati executione fieri solet. Sed quis non videt tantò perplexiùs se istos inuoluere, quantò diligentiùs & enixiùs curare id maximè videntur, vt se expediant? Nam siue rationem ipsam iuris solam inspiciamus quæ in omnibus, sed in his potissimùm quæstionibus, De iure & natura actionum inspicienda est, siue ius nouum quod Triboniani audacia non tantùm inuexit, sed etiam veterum prudentum responsis insertum voluit, nulla certè differentia est, nulláque differentiæ ratio inter directam vindicationem & actionem Quod metus causa, non magis quàm inter vindicationem illam directam ciuilémque & Publicianam quæ vtilis tantùm & prætoria est. Si rationem iuris attendimus, Nullum in his actionibus arbitrium iudicis interuenit, antequàm pronunciatum sit à Iudice Videri rem esse petitoris in directa rei vindicatione, vel Videri rem vsucaptam à petitore in Publiciana, vel denique Videri rem extortam esse per vim aut metum in actione Quod metus causa. Quæ pronunciatio, cùm sententiæ & iudicati, licèt non æquè condemnationis nomen habeat, fieri numquam potest, quin plenissima causæ cognitio in discutienda tota facti quæstione præcesserit. Post eiusmodi pronunciationem sequitur ex necessitate formulæ arbitrium illud quod arbitrariis omnibus commune est, quo victus reus & possessor rem petitam restituere actori iubetur, & quidem cum fructibus, litis sumptibus, aliisque rebus omnibus, sine quibus nemo vir bonus arbitraretur, Rem restitui rectè. In eámque causam, si res que petitur non sit præsens [alioqui statim & in promptu restituenda est]nec frustrationis causa petatur tempus ad restituendum, iudex diem præstituere debet intra quã fiat restitutio, qua non facta, si nulla ratio noua necessitatis aut æquitatis reum tueatur, quomodo sanè tuetur, si nullo suo dolo aut facto possessionem amiserit & restituendi facultatem *d.l. à quo* 58. *D. de rei vindi*. Condemnationem sequi necesse est, sed aliter atque aliter pro actionum quæ institutæ sunt, diuersitate. Nam in vtraque vindicatione tam ciuili & directa quàm vtili, & Prætoria quæ tota ad exemplum directæ comparata est, condemnandus est omnimodo reus, id est, siue rem petitam adhuc possideat, siue dolo malo desierit possidere, quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit *l. certum* 6 *§. sed etsi fundum D. de confess. §. 2. Institut. de officio iudic. iunct. dict. leg qui restituere, vers. si verò non potest.* Quòd si non dolo & fraude, sed culpa tantùm aliqua possessionem amiserit, adhuc tamen pati quidem debet litis æstimationem, sed quanti reuera res est & citra iusiurandũ vllum *d. l. qui restituere, vers. si verò nec potest & l. si culpa* 63. *eod.* Si autem neque doli neque culpę vllius conscius est, absolui omnino debet *d. l. à quo*. At in actione Quod metus causa, sicuti descendit illa ex edicto Prætoris, ita nec aliam pœnam, & cõdemnationem habere potest, quàm quę illo ipso edicto cõstituta est, scilicet quadrupli *d. l. item si cùm §. 1. & pass. D. quod met. caus.* Nempe si reus vel possideat arbitrij tempore vel dolo malo desierit possidere. Nam si culpa tantùm non etiam dolo & fraude possessionem amiserit, durum est vt tam graui pœna afficiatur, si non ipse vim aut metum intulerit, sed alius

ex cuius facto conueniatur, licèt verba illa edicti sint valde generalia & in rem non in personam concepta *neque ea res arbitrio iudicis restituetur* quomodo ratiocinatur Vlpianus aut potiùs sub Vlpiani nomine Tribonianus *in d. l. item si cùm §. quatenus* iunct. *§. in hac actione in fin. ead. leg.* Condemnatio siquidem illa quadrupli fit in pœnam contumaciæ, neglectique arbitrij, vt sæpius diximus, Pœnam autem nullam meretur, qui culpa caret, ac cui nihil imputari potest *d. l. à quo.* Atque ita ex vera iuris ratione omnino existimãdum est. At si ius nouum & Tribonianeum attendamus longè aliter se habent omnia in omnibus istis actionibus. Primùm enim adhibenda distinctio est, an possessor victus facultatem habeat rei post arbitrium restituendæ, necne, Vt si habeat non sit ei permittendum spernere arbitrium iudicis, sed ei omnimodo parere compellatur, adhibita etiam manu militari, Hactenus nimirum, non vt reus cogatur per vim & impressionem restituere quod facti est [ad factum enim præcisè nemo vnquam cogitur] sed vt ab eo possessio transferatur in actorem, quod non tam facere est quàm pati. Si verò non habeat possessor restituendi facultatem, tunc subdistingui oporteat an dolo malo desierit possidere, an sine dolo: si dolo malo, condemnari debeat quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit, si sine dolo rursum subdistinguatur an culpa saltem aliqua possessoris in amittenda possessione interuenerit, an nulla. Si aliqua, cogatur adhuc æstimationem pati, sed quanti reuera res est, non quanti in litem iurare actor velit. Si nulla, debeat absolui *d. l. qui restituere* iunct. *d. l. si culpa.* Etsi enim quod *in d. l. qui restituere* scriptum est, tanquam ab Vlpiano scriptum legimus, Attamen à quo tempore arbitrariarum actionum naturã subodorari licuit, numquam dubitaui, quin tota illius legis sententia Triboniani esset potiùs, qui huiusmodi distinctionib. id egit quantum potuit, vt actionibus arbitrariis nouam naturam inderet, Vnde & illud factum est vt alios tã multos iuris nostri locos qui ad actiones arbitrarias pertinebant corruperit, immutauerit, peruerterit. Quod quoniam à nobis iam pluribus comprobatum est in Coniecturarum nostrarum libris, non diutiùs in eo nunc immorabimur. Sed hoc tantùm addemus, siue Vlpiani cùm vulgo interpretum, siue Triboniani eam legem totam esse nobiscum velis, Apertam esse legis sententiam vt supradictæ distinctiones locũ habere debeant non solũ in directa rei vindicatione de qua sola initium legis tractat, sed generaliter in omnib. actionib. arbitrariis, nec tantùm in illis sed etiam in interdictis & aliis si qua sint similia iudicia ex quib arbitratu iudicis aliquid restitui oporteat. Id enim est quod habet vltima pars legis his verbis, *Hac sententia generalis est & ad omnia siue interdicta, siue actiones in rem, siue in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.* At quæro, An non actio Quod metus causa ex numero earum actionum est, ex quibus arbitratu iudicis restitutionem fieri oporteat ? Nemo id, puto, negauerit. Aperta enim sunt verba non tantùm formulæ, sed etiam edicti Pretoris ex quo actio illa descendit *d. l. item si cùm §. quatenus.* Ergo idem iuris esse fatendum est in actione Quod metus causa, & in directa rei vindicatione, quod ad supradictas omnes distinctiones. Et tamen hîc quoque aduersarij effugium adhuc quærunt. Aiunt enim restringendam esse supradictam sententiam quantumuis generalem ad eas demùm actiones ex quibus arbitratu iudicis quid restituatur post sententiam, & condemnationem, Idque vt excludant actionem istam Quod metus causa & alias arbitrarias in quibus defendunt mordicus,

Arbi-

Arbitrium aliquod præcedere debere, antequàm vel de vi facta, metúque illato, vel de quo alio principali negotio quicquam pronuncietur. Quod tamen ita esse nullo planè iuris loco, nulláque ratione probare possint, & à nobis in præcedentibus iam satis supérque refutatum est, & manifestiùs confutabitur, ex iis quæ de actione ad exhibendum aliisque arbitrariis in sequentibus separatim dicturi sumus. Illud sanè nunc prætermittere non possumus, vt tam absurdam istorum interpretationem conuellamus, Non fuisse cur supradicta siue Vlpiani, siue Triboniani sententia tam generalibus verbis conciperetur, si quæ essent tales aut in rem aut in personam actiones quæ ea generalitate non continêretur,ob id solùm quòd in iis restitutionem fieri oporteat arbitratu quidem iudicis sed ante sententiam.Si enim vnica illa nota est arbitrariarum actionum vt isti volunt,an potuit, obsecro, sine scelere prætermitti, Nisi fortè id agebat legis author vt eos omnes deciperet qui putarent arbitrarias actiones ea generalitate contineri actionum tam in rem quàm in personam omnium, ex quibus arbitratu iudicis restituenda res esset? Quid enim aliud scripsit Tribonianus *in d.§.præterea*, vbi de solis actionibus arbitrariis tractat, Aut quibus aliis verbis assequi voluit vt arbitrariarum actionum naturam intelligeremus? Fateor quod iam inculcaui toties, In omnibus arbitrariis actionibus arbitrium reddi debere ante condemnationem. Sed nego vlli arbitrio De re restituenda locum esse posse antequàm de facto cognitum & pronunciatum sit. Nego rursum pronunciationem illam dici posse condemnationem, Ideóque nec illius pronunciationis mentio vlla fit *in d.§.præterea*,scilicet, quoniam actiones omnes arbitrariæ, cùm ex arbitrio pendeant, & ab arbitrio nomen ipsum sumant, eiusmodi pronũciationem supponunt in necessarium antecedens, Tanquam sine qua non possit tenere actio,non magis quàm sine arbitrio à quo incipit esse & dici arbitraria. Quis enim tam fatuus sit iudex,vt arbitretur restitui rem debere ei qui de iure ac dominio suo, vel de aduersarij sui violentia nihil probauerit? Quod etsi facere maximè vellet, tamen non posset propter necessitatem quam habet parendi formulæ cuius prima illa condicio est priúsque implenda *si paret fundum de quo agitur petitoris esse* aut *si paret per vim extortum esse*.Sequitur enim,*neque arbitratu tuo res restituetur*.Itaq; si deficiat actor in suis probationibus absolui statim reus debebit, eritque iudicium absolutorium ex vi formulæ non arbitrarium. Æstimantur siquidem iudicia omnia siue arbitraria sint,siue bonæ fidei,siue stricti iuris ex condemnatione non ex absolutione, sicut æstimantur omnia ex iure & ex persona actoris, non ex iure aut persona rei, Et ob id in omnium iudiciorum formulis, solius condemnationis mentio fit non etiam absolutionis. Est enim id omnibus iudiciis commune vt absolui semper reus debeat etiamsi nihil ex parte sua præstiterit, si actor quisquis ille est intentionem suam non probauit *l.qui accusare* 4 *Cod.de edend.l.vltim. Cod. de rei vindic.l.actor quod adseuerat* 23.*Cod. de probat.*neque in eo differentia vlla est inter actiones bonæ fidei,strictas, & arbitrarias:nec proinde vllam hac parte notam habent ex qua dignosci possint: Cùm in omnibus summoueri actorem oporteat statim atque intra dilationes sibi datas ad probandum, probare nihil potuit: Quamuis tùm quoque verum sit dicere, Summoueri eum, & absolui reum per iudicem datum in actione vel arbitraria,vel bonæ fidei,vel stricta, Sed hoc sensu vt actio illa aut arbitraria, aut bonæ fidei, aut stricta futura fuisset, si tenuisset, hoc est, si actor intentionem suam probauisset: Qua non probata,vtique soluitur actio,absoluitur reus. Verum itaq; est dicere,Omnem

actionẽ arbitrariã præsupponere quòd actoris intẽtio probata sit, Nec hoc tantùm, ne alioqui actio nõ teneat, sed illud etiã vt de eo primùm iam pronunciatum sit, vt fieri arbitrio locus possit ad dandum initium actioni arbitrariæ. In quo iam diximus primam elucere differentiam inter arbitrarias actiones & cæteras siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, quòd in cæteris omnibus vnica pronunciatione & facti quæstio definitur, & reus condemnatur. Hac sola differentia, quòd quæ sunt bonæ fidei pleniorem habent condemnationem, Quæ stricti iuris strictiorem, propter illa verba *ex bona fide* quæ in solis bonæ fidei iudiciis addebantur, non item in strictis vt neque in arbitrariis. At in arbitrariis duplici pronunciatione opus est, vt possit locus esse condemnationi. Prior inducit necessitatẽ arbitrij, & arbitrium, facultatem potiùs quàm necessitatem parendi. At posterior vera & absolutè diffinitiua sententia est quæ totam litem & controuersiam diffinit per condemnationem. Quomodo diffinire etiam posset per absolutionem si arbitrio reus paruisset, aut non parendi causam iustam habuisset. Ideò autem non potest iudex prima pronunciatione in arbitrariis vnquam condemnare, quia ante contumaciam factam in parendo arbitrio nulla vnquam subest iusta causa condemnandi, licèt possit interdum iusta esse absoluendi, vt diximus. Si actor in suis probationibus deficiat, atque ita prima quoque illa deficiat condicio *si pares* sub qua iudex reum condemnare iussus erat. Rursum vt intelligas id quod scriptum est *in d.l. qui restituere in fin.* non posse intelligi quomodo aduersarij volunt de arbitrio aliquo, quòd præcedat sententiam illam primam quæ nullam aut absolutionem contineat, aut condemnationem. Obserua loqui legem non tantùm de actionibus siue in rem sint, siue in personam, sed etiam de interdictis ex quibus arbitratu iudicis restituenda res est. Sunt enim pleraque interdicta restitutoria, multa prohibitoria, nonnulla etiam exhibitoria. Sed cedò aliquod, in quo ante pronunciationem vllam siue Prætor, siue iudex arbitrari possit aut debeat vt res restituatur. Percurre omnia si voles. Præcipua certè illa sunt, *Vnde vi* & *Quod vi aut clam*. An non verò ex verbis ipsis vtriusque edicti prius est vt probetur & pronuncietur, Eum qui interdicto *Vnde vi* conuenitur vim fecisse, Aut opus quo de agitur in interdicto Quod vi aut clam, factum esse vi aut clam, quàm vt reus restituere iubeatur? Iussum ergo restituendi sequitur cognitionem facti & nisi restitutio fiat, lis æstimatur condemnato reo quanti actoris interest *l. 1. §. non solum 41. l. in interdicto 6. l. si plures 9. §. 1. l. penult. & pass. D. vnde vi l. si alius 7. §. 1. l. semper 15. §. hoc interdicto l. si opus 21. in princip. & in fin. D. quod vi aut clam l. videamus 38. §. in interdicto D. de vsur.* Numquam verò iussum restituendi præcedit cognitionem facti, & eam quidem quæ plenissima sit, non quæ summaria. Cùm igitur supradicta siue Vlpiani, siue Triboniani sentẽtia *in d.l. qui restituere*, sit generalis non tantùm ad actiones omnes arbitrarias, sed etiam ad alias actiones quaslibet si quæ sint ex quibus restitutionẽ fieri oporteat, adeòq; ad interdicta, quæ tamẽ nulla sunt arbitraria. Ratio certè nulla est, cur ab eo numero actionẽ Quod metus causa, Publicianã, & alias quas nemo negat esse arbitrarias excludere debeamus, quarũ vel præcipuè faciẽda mentio erat, cùm generaliter de iis actionib. tractaretur ex quib. arbitratu iudicis restitutio fit, atq; adeò de interdictis quæ multò lõgiùs distant à vindicatione, quàm actiones arbitrariæ, Supposito etiam eo quòd vindicatio nõ sit arbitraria. Idque euidentiùs apparet ex illo etiam, quòd qui hac parte distinguunt Publicianam quoque à directa rei vindicatione quasi Publiciana sit arbitraria, Eos necesse est perinde negare in Publi-

Publiciana quod negant in actione Quod metus causa, fieri restitutionem vlli manu militari. Quo tamen admisso, quis rogo effectus erit eius sententiæ quæ à prudentibus ipsis tradita est, In Publiciana actione eadē omnia esse quæ in rei vindicatione directa & ciuili *l.7.§.in Publiciana D. de Public. in rem act.* Quomodo enim omnia erunt eadem, si quod in vnaquaque actione caput & primum est, aliud sit in Publiciana, aliud in vindicatione, id est si in vindicatione facienda sit restitutio manu militari, in Publiciana non item. Respondent esse omnia eadem quantum ad rationem æstimationis & restitutionis fructuum, omnisque causæ. Sed quid hoc est? An æstimāda est aut hæc, aut illa actio ex restitutione fructuum omnísque causæ ac non potiùs ex ipsius rei petitæ restitutione? Distingue quantùm voles, arbitrium, quod isti accipiunt pro litis æstimatione ab arbitrio, quod fingunt interuenire debere ante primam pronunciationē. Verum semper erit dicere, in rei vindicatione nullam fieri litis æstimationem si possessor iussus restituere, rem habeat præsentem quam possit nec velit restituere. Quid enim ęstimari possit, cùm possessio rei petitę trāslata est manu militari in petitorem? Quare nec *in d.l. qui restituere*, scriptum est vllam hoc casu fieri litis æstimationem, sed tantùm necessariam esse condemnationē propter fructus: At in Publiciana si non æquè fiat restitutio manu militari, fatendum est necessariam esse litis æstimationem & quidē faciendam per iusiurandū in litem, quomodo ex iuris ratione fiebat etiam in vindicatione, vt constat euidenter ex *l. eius rei 46. & l. quòd si possessor 7. D. de rei vindic.* Etsi enim nihil tale scriptum legimus *in tit. de Public. in rem act.* Id tamen ideò factum videri debet quia satis fuit Vlpiano monere *in d.§. in Publiciana*, Omnia eadem obtinere in Publiciana quæ in rei vindicatione iam dicta fuerant, Alioqui fuerant omnia repetenda quæ scripta sunt in titulo præcedente. Sed & generaliter Marcianus ait *in l. in actionibus 5. De in lit. iur.* In actionibus in rem & Ad exhibendum, sicut in bonæ fidei iudiciis in litem iurari: In quo numero actionum in rem, nemo negauerit vindicationem & Publicianam saltem contineri, si non potiùs eæ solæ significantur quia ratione dominij competunt *dict. l. 7. §. Publiciana D. de Public. in rem action.* non vt hypothecaria ratione solius possessionis *l. si cùm venditor 66. in princip. D. de euict.* Numquam enim iuratur in litem ratione solius possessionis, sed tantùm ratione dominij vt fusiùs à nobis demonstratum est in Coniecturis. Eodémque pertinet quod Marcellus scribit *in l. tutor 8. D. de in lit. iur.* de in litem iurando contra tutorem possidentem rem pupilli nec volentem eam restituere. Non enim de actione tutelæ intelligi ea lex debet, quomodo Bartolus malè intelligit, licèt in illa quoque actione vt in plerisque bonæ fidei iudiciis in litem iurari soleat contra tutorem *l. 1. 2. & tot. tit. Cod. eod.* Sed de directa rei vindicatione instituta per adultum, post consumptā iam actionē tutelæ quæ primo ipsius exercitio tota cōsumitur, ideóq; ne cōsumatur nō priùs cōpetit quàm tutela ipsa & administratio finita sit *l. si tutor 9. §. vlt. De tut. & rat. distr.* Et ob id Marcellus *in d. l. tutor*, nō de actore loquitur sed de petitore quo nomine significatur qui in rē agit nō qui in personā *l. pecunia 178. §. actionis De verb. sig.* Sed & obseruādū illud est, loqui eo loco Marcellū de tutore nō qui rē petitā dolo desierit possidere, sed de eo qui possidet, nec de illo qui restituere nō potest, sed qui nō vult vt habēt disertè verba legis. Et tamē non ait Marcellus faciendam esse restitutionem præcisè, manúque militari transferendam possessionē in petitorem, sed condemnandum tutorē ob suā cōtumaciam, quanti adultus in litem iurauerit. Ex quo manifestissimè apparet, quàm verum

sit quod volumus, Iuris veteris rationem numquam illam fuisse, vt in iudicio vindicationis qui iussus esset restituere cogendus esset manu militari parêre arbitrio, aut saltem pati translationem possessionis, sed fuisse id ius nouum à Triboniano inductum sub Vlpiani nomine *in dict.l.qui restituere*, Nec tamen Tribonianum quasi immemorem alios omnes iuris locos corrupisse qui similiter corrumpendi erant, vt ab eo in plerisque aliis partibus factum est, ne qua iuris veteris vestigia superessent. Illud sanè non nisi huic Triboniani siue inscitiæ, siue audaciæ adscribi potest, quod sub Pauli nomine scriptum est *in l.arbitrio 18. D. de dolo.* Neque in actione De dolo, neq; in actione Quod metus causa certã quantitatem adiici, vt possit per cõtumaciam suam tanti reus condẽnari quanti actor in litem iurauerit. Quid enim falsius dici potest quàm quòd ait nullam in actione De dolo adiici certam quantitatem? An non quadrupli pœna specialiter constituta est in actione Quod metus causa? *l.item si cùm §.1.& pass.D.quod met.caus.* Aut vbinam quæso gẽtium traditum est, In ea actione iurari in litem? Sed voluit Tribonianus tollere pœnam illam quadrupli, respiciẽs nimirum ad distinctionem illam de qua *in d.l.qui restituere*, vt si is qui conuenitur actione Quod metus causa, & rem restituere iussus est, nolit parêre cùm possit, non in quadruplum condemnetur, sed manu militari cogendus sit pati vt transferatur possessio, si verò non possit restituere, quia dolo desierit possidere, nec hoc quidem casu condemnetur in quadruplum sed quanti actor in litem iurauerit, sin absque dolo quanti reuera intererit petitoris. Sed tamen in hoc quoque sui immemor fuit Tribonianus, cùm adiecit, Officio iudicis debere in vtraque actione iusiurandum taxatione refrænari. Nam imò verò iurari in litem in omnibus actionibus arbitrariis in infinitum & sine vlla taxatione scriptum est *in d. l. qui restituere*. Quod etiam scripserat Vlpianus *in l.4.§.iurare D.de in lit.iur.* vbi tamen æquè Tribonianus de suo adiicit, Posse tamen id iusiurandum arbitrio iudicis refrænari: quod bona vetúsque iurisprudentia numquam admisisset, vt alio loco scripsimus.

ERROR QVINTVS.

De actione Ad exhibendum.

ACTIONEM Ad exhibendum nemo dubitat esse arbitrariam quòd & ita scriptum sit *in §.præterea Inst.de action.* & ei conueniant omnia quæ ad actionum arbitrariarum diffinitionem & naturam pertinent. De illo tantùm dubitãt nonnulli, An sit Prætoria, an ciuilis, quibusdam affirmantibus esse ciuilem: Illa potissimùm ratione quòd maximè comparata sit propter vindicationes, vt scriptum est *in l.1. D. ad exhib.* Aliis contra negantibus & contendentibus esse Prætoriam, Ob id solùm quòd à directo iudicio distinguatur *in l.3.§.ibidẽ subiungit eod.* quasi non sit ipsa ordinarium iudicium & directum sed vtile & extraordinarium, quo nomine ciuiles actiones numquã significantur. Sic enim ratiocinantur illi præcipuè, qui cùm non possint negare actionem hanc esse arbitrariam, tanquam in qua arbitrium iudici sit commissum, vt *in d. §.ibidem*, scriptum est, nolunt tamen admittere vllam esse arbitrariam, quæ sit ciuilis. Ego nolim negare Prætoriam esse actionem qui video tam multa alia remedia De exhibendo à Prætore introducta esse, Præsertim verò interdicta *De tab. exhibend. De liber.exhib. De homin.liber.exhib.* in quorum interdictorum etiam subsidium comparata fuit actio ista Ad exhibendum, vt eo demùm casu competeret, quo sufficere

inter-

interdicta nō possent *d.l.3.§.si quis extra heredem D.ad exhib.* Quemadmodum è contrario competit hæc actio illi etiam qui interdicturus est *dict. l. 3. §. sed & si quis interdicturus*, Quod tamen nemo dixerit alio iure induci potuisse quàm Prætorio, ex quo interdicta omnia proficiscuntur. Sed tamen posset quis non malè fortassis adhibere in hac quæstione distinctionem eandem quam adhiberi placet, cùm de noxalibus actionibus quæritur an ciuiles sint an Prætoriæ, Scilicet vtrùm ex ciuili causa competant vt furti & legis Aquiliæ, an ex Prætoria, Vt iniuriarum, & Vi bonorum raptorum: Vt priore casu sint ciuiles, Posteriore verò Prætoriæ *§. sunt autem Institut. de noxal. act.* Sic enim & actionem Ad exhibendum aliquando ciuilem esse dici posset aliquando Prætoriam. Ciuilem si ex causa ciuili descendat, Qualis ea est quæ propter vindicationes fuit introducta. Nam cùm vindicationes sint ciuiles, & inductæ ipsa lege duodecim tabularum, nec possit fieri vt vindicetur res quæ non sit exhibita & in iure apud Prætorem quòd alioqui non possint proferri vindicationis verba illa sollennia *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Quis credat mancam in eo fuisse legem 12. tabul. aut saltem prudentum interpretationem vt non induceret actionem Ad exhibendum quæ esset præparatoria vindicationis, & quam in necessarium antecedens induci oportuerat, ne rei mobilis occultatæ vindicatio impediretur? *dict. l. 1. ad exhib.* At ex aliis omnibus causis quæ ex Prætoris iurisdictione descendunt fatendum est actionem Prætoriam esse non ciuilem, cùm iis quoque casibus non minùs quàm propter vindicationes vsum eius necessarium & vtilem esse Prætor comperisset. Non possum tamen admittere quod isti volunt esse vllo casu actionem Ad exhibendum extraordinariam, aut iudicium extraordinarium. Ea namque extraordinaria demum iudicia appellamus quæ non more & ritu ordinario iudiciorum, id est, apud datos Iudices & pedaneos expediuntur sed apud Prætorem ipsum, nec tam actione data quàm cognitione Prætoria *l. 2. Cod. de pedan. iudic. l. quòd si minor 24. §. vltim. D. de minor. l. 1. & tot. tit. De extraord. cognit.* Iudicium autem Ad exhibendum non per Prætorem ipsum sed per iudicem à Prætore datum expediri solitum fuisse & per viam actionis, solito & ordinario iudiciorum more apparet *ex dict. l. 3. §. sciendum & dict. §. ibidem l. instrumenta 6. Cod. eod.* aliisque omnibus iuris locis quotquot sunt, qui hanc actionem vocant. Quare nec vlla parte tit. Ad *exhib. D. & Cod.* videat mentionem fieri cognitionis Prætoriæ at ne quidem edicti Prætoris quod tamen non fuerat prætermittendum, si ex Prætoris primùm edicto comparata hæc actio fuisset. Imò nec vtilis vlla actio est Ad exhibendum, sed semper directa *l. cùm seruus 16. D. eod.* Adeò vt si quo casu competere non possit, & tamen æquitas aliqua actionem dari suadeat, recurrendum sit ad actionem in factum, vt in specie *dict. l. 3. §. penultim.* cui tamen locus esse non solet quoties vtilis actio locum habere potest *§. vltim. Institut. de leg. Aquil. l. si seruum 33. in fin. l. si quis fumo 50. l. boues 53. D. eod.* Neque qui contrà sentiunt moueri ex eo debuerunt quòd iudicium Ad exhibendum opponatur directo *in dict. §. ibidem.* Non enim id rationem illam habet quasi iudicium Ad exhibendum sit aut vtile, aut extraordinarium, licet iudicium vindicationis cui opponitur sit directum & ordinarium, Sed quia iudicium actionis Ad exhibendum præparatorium est & in ordine ad iudicium vindicationis, quod principale est, ideóque directum appellatur. Verùm ita sit vt voles. Parum ad institutam disputationem nostram pertinet an ciuilis hæc actio sit an Prætoria. Sufficiat esse in confesso, quòd sit arbitraria. Iam videamus quis in ea ordo seruandus sit à

iudice dato, Vt scire possimus quid simile habeat, quid dissimile iis actionibus de quibus disputare cogimur an arbitrariæ sint, necne. Illud primùm ad officium Iudicis, qui huic actioni addictus est, pertinet, vt ante omnia debeat inquirere & cognoscere an intersit eius qui agit Ad exhibendum, vt si eius interesse videat permittat ei agere. Non permittat si videat nihil interesse *dict. l. 3. §. sciendum*, vbi ait Vlpianus iudicem summatim de hoc cognoscere debere. In quo cauendum tibi est, ne decipiaris si cum aduersariis, ex eo loco colligas. Summariam igitur aliquam non plenam cognitionem præcedere in cæteris actionibus arbitrariis, vt arbitrium aliquod sequatur, antequàm de iure litigatorum quicquam pronuncietur. Non enim nisi summariam istam cognitionem requirit Vlpianus ad hoc, vt statim sequi possit arbitrium De re exhibenda ante aliam vllam pronunciationem quia nec alia vlla plenior adhibenda est in hac actione in qua de hoc duntaxat quæritur, An intersit actoris, ad hoc vt sciatur, An admitti debeat actor ad hanc actionem: Nimirum vt si appareat interesse ex iusta & honesta causa rémque cuius exhibitio petitur, à reo possideri, aut dolo malo desiisse illum eam possidere arbitrium sequi possit De re exhibenda, tùm condemnatio si res non exhibeatur. Ideò autem summaria hæc cognitio appellatur, non quòd plenè actor probare non debeat sua interesse, sed quia in hac actione non cogitur plenè probare de iure dominij sui quomodo in iudicio vindicationis. Quoniam iudicium ipsum ad exhibendum sicuti præparatorium est, & in ordine ad aliud iudicium maius, ita in comparatione maioris illius iudicij summarium est, vt pluribus scripsimus in Rationalibus ad illum locum. Igitur quid in facto sit ex parte actoris, id est an eius quoquomodo intersit dummodò ex honesta & iusta causa, itémque ex parte illius qui conuenitur, id est an possideat, necne, cognoscendum priùs est & quidem nõ summatim, nisi eo sensu quo diximus, ad differentiam pleniorum probationum quæ in iudicio directo requiruntur, sed sufficienti causæ cognitione adhibita, ac idoneis probationibus conquisitis, vt arbitrium De re exhibenda, & postmodùm si arbitrio non pareatur, condemnatio sequi possit, Quanti actor in litem iurauerit. Vbi ergo cognitum & pronunciatum fuerit, Rem quam exhiberi actoris interest ab eo qui conuenitur possideri, si nullam possessor exceptionem obiiciat, non statim quidem condemnabitur, sed statim arbitrium reddetur per quod iubeatur ille rem exhibere, nec rem tantùm sed etiam rei causam omnem, id est, vt eam causam habeat actor quam habiturus esset si cùm primùm ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Adeò vt si inter moras exhibendi vsucapta res sit à possessore, nihilominus debeat condemnari. Sed & fructuum medij temporis, id est eius, quod post acceptum Ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere iudex debet. Quòd si neget reus cum quo ad exhibendum actum est, statim & in præsenti exhibere se posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dare ei debet, vt tamen caueat se restituturum. Quòd si neque statim iussu iudicis rem exhibeat, neque posteà exhibiturum se caueat, condemnandus est in id omne quòd actoris intererit rem ab initio exhibitam fuisse. Sic enim Iustinianus disertis verbis *in §. si ad exhibendum Instit. de offic. iudic.* Cui sanè nihil possis addere, nisi quòd actori permittendum est, vt suo iureiurando æstimet quanti sua intersit *l. 3. §. præterea D. ad exhibend.* Ita fit vt in actione Ad exhibendum eadem sint omnia

quæ

quæ in rei vindicatione suprà diximus, si illud excipias quod *in dict. §. præterea* scriptum est, In actione Ad exhibendum iudicem qui iusiurandum defert taxare quantitatem debere ad quam vsque iuretur, Cùm tamen in directa rei vindicatione permittatur actori iurare in infinitum sine vlla taxatione saltem illo casu quo is qui conuenitus est, dolo malo desiit possidere *dict. l. qui restituere.* Sed non dubito quin à Triboniano addita sint verba illa in *dict. §. præterea, iudice quantitatem taxante.* Respiciente ad id nimirum, quod aliis locis idem Tribonianus constituit inuita Iurisprudentiæ veteris ratione, vt in potestate iudicis esse debeat iusiurandum deferentis vel refrænare quantitatem ne in immensum iuretur, vel etiam post iusiurandum præstitum diminuere de quantitate iurata, cùm olim iurare in infinitum liceret, id est nulla taxata præscriptáve certa quantitate *dict. l. qui restituere.* Iunct. *l. videamus 4. §. iurare D. de in lit. iur.* Nimirum aliud est iurare in immensum quomodo intellexit Tribonianus, quod certè numquam licuit, Aliud verò iurare in infinitum, quod non solùm semper olim licuit, sed etiam hodie licere deberet, Vel eodem teste Triboniano, qui quod sub Vlpiani nomine scripsit *in dict. l. qui restituere*, Iurari posse in infinitum sine vlla taxatione contra eum qui rem per vindicationem petitam dolo malo desiit possidere, voluit generaliter constitutum in omnibus actionibus arbitrariis, Nec in illis tantùm, sed etiam in interdictis omnibus in quibus arbitratu iudicis restitui quid oportet, ac ni restitutio fiat, sequitur condemnatio vt scriptum est *in fin. dict. l. qui restituere.* Vnde proculdubio sumptum est quod de iureiurando in litem & deferendo & refrænando traditum legimus in Actionibus De eo quod metus causa & De dolo *in l. arbitrio 18. De dolo in hypothecaria l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Et in interdicto Quod vi aut clam *l. semper 15. §. hoc interdicto versic. sed quod interfuit D. quod vi aut clam.* In quibus omnibus anteà non iurabatur, proptereà quòd non ad dominij sed ad possessionis causam pertineant, Dominij autem ratio sola illa sit quæ iusiurandum inducere potest ne inuitus dominus re sua carere cogatur vt in libris Coniecturarum docuimus ex *l. non enim 9. D. rerum amotar. cum similibus.* Ergo nec dubitandum est quin ius ita fuerit olim comparatum in actione Ad exhibendum vt iurare in litem actor posset, & quidem sine vlla taxatione, Scilicet si ea instituta erat actio Ad exhibendum, quæ præparatoria esset vindicationis, vt esse solet *dict. l. 1. D. ad exhibend.* Sic enim accipiendum puto quod scriptum est *in dict. §. præterea*, non etiam de qualibet actione Ad exhibendum quæ præparatoria sit alterius actionis in qua ipsa iurare non liceret, ne alioquin eueniat vt actionis præparatoriæ maior sit vis & potestas, quàm actionis præparatæ quod absurdum esset. Porrò quoties in actione Ad exhibendum iuratur in litem, nego taxari vllo casu debere quantitatem iurisiurandi. Nam in vindicatione quidem potest adhiberi distinctio illa Tribonianea, An qui conuenitur facultatem habeat rei restituendæ. An autem dolo malo fecerit ne haberet, Vt priore casu possessio manu militari transferatur in victorem, Posteriore verò condemnandus omnimodo sit reus quanti actor in litem iurauerit *dict. l. qui restituere*, At in actione Ad exhibendum nullus huic distinctioni locus esse potest: Non quòd fieri nequeat vt is qui conuenitur facultatem exhibendæ rei aliquo casu habeat, aliquo non habeat, Secundum id quod suprà diximus ex *dict. §. si ad exhibendum Instit. de offic. iud.* Sed quia tùm quoque cùm fa-

cultatem illam rei exhibendæ habet, nullus tamen manus militaris vsus esse potest, cùm exhibitam rem & præsentem esse oporteat, ad hoc vt eius possessio manu militari ab eo transferri possit, Ergo cùm non alia ratio sit propter quam noluit Tribonianus iurari posse in directa rei vindicatione cùm res præsens est, quàm quòd eo casu possit alio & meliore remedio consuli petitori adhibita scilicet militari manu, Prorsus consequens est vt cùm nullo casu possit manus militaris adhiberi in actione Ad exhibendum, id est ne tum quidem cùm exhibendæ rei facultatem reus habet, E contrario dicendum sit omni casu in litem iurari oportere siue exhibendi facultatem reus habeat, siue non habeat, quia numquam præsens res esse potest ante exhibitionem. Iurari ergo semper in infinitum, & sine vlla taxatione, quia longè magis dolo facit qui recusat exhibitionem rei quam exhibere posset si vellet, quàm qui dolo fecit ne possit hodie illam exhibere. Quando nec aduersus alium datur actio Ad exhibendum quàm qui vel possidet, vel dolo desiit possidere. Inter quos casus sicuti nihil distat quod ad possessorem attinet quoniam dolus pro possessione est, Ita neque quod ad manum militarem pro actore adhibendam, quia non magis vno casu quàm alio militaris manus adhiberi potest ad extorquendam ab inuito rei occultæ & quæ nesciatur vbi sit, exhibitionem. Extra causam hanc adhibendæ manus militaris quam primus Tribonianus implorari & adhiberi posse voluit, Dico esse omnia similia in rei vindicatione directa & in actione Ad exhibendum siue ad naturam actionis respiciamus, siue ad officium iudicis, Licet ex parte rei de qua agitur differentia illa sit, quòd non nisi præsentis rei vindicatio fieri potest, Exhibitio verò non nisi absentis aut saltem occultatæ postulari. Ex quo infero cùm actio Ad exhibendum semper & omnimodo arbitraria sit, vt scriptum est *in dict. §. præterea Instit. de action. & in dict. l. 3. §. ibidem subiungit D. ad exhib.* Etiam directam & ciuilem rei vindicationem esse arbitrariam. Nec dissimilitudinis rationem adferri vllam posse, nisi quòd actiones quæ directæ sunt in rem, tantò magis necesse est arbitrarias esse, quòd cùm ex præsenti tantùm possessione nascantur, vt loquitur Vlpian. *in dict. l. non aliàs 24. §. sed si postulatur D. de iudic.* non alia condemnationis ex ipsis irrogandæ ratio esse potest, quàm si arbitrio iudicis non pareatur. Quod in personalibus actionibus diuersum est, quæ vt plurimùm obligationem aliquam personalem pro causa habent, Exceptis illis quæ licèt sint directæ in personam, tamen sunt scriptæ in rem, Quas soleo dicere, nasci ex variis causarum figuris, *§. 1. de action. l. 1. D. eodem titul.* Inter quas est actio Ad exhibendum *l. 3. §. est autem D. ad exhibend.* vt & actio Quod metus causa, *dict. §. præterea*, & Aquæ pluuiæ arcendæ *l. si tertius 6. §. aqua pluuia D. de aqua & aquæ pluu. arc.* A quibus tamen differt actio ad exhibendum in eo quòd nascitur illa ex præsenti possessione, non minùs quàm rei vindicatio. Actio verò Quod metus causa ex illato metu, à quocumque tandem illatus sit *l. item si cùm 14. §. in hac actione & §. aliquando D. quod met. caus.* Actio autem aquæ pluuiæ arcendæ ex opere facto, ex quo damnum timetur *l. 1. §. 1. l. apud Trebatium 5. §. penultim. l. is cum quo 7. & pass. ill. tit. De aqua & aquæ pluuiæ arcend.* Ergo in actione ad exhibendum vt in cæteris omnibus arbitrariis pronunciationem aliquam præcedere oportet, Videri scilicet interesse actoris ex honesta & iusta causa exhiberi rem quæ à reo possidetur, aut quam reus dolo malo desiit possidere. Quæ tamen pronunciatio fieri non potest quin facti

quæstio

quæstio plenè discussa sit, non quidem de iure actoris [sufficit enim summaria vt & *in l.2. §. causæ cognitio D.de Carbon.edict.* cùm plenior quæstio de iure dominij differenda sit vt diximus, in directum iudicium vindicationis *dict. l. 3. §. sciendum & §. ibidem subiungit D. ad exhib.*]Sed quòd intersit actoris, & de possessione vel de dolo malo eius qui conuenitur, Alioqui absoluendus est reus si neque possideat, neque dolo desierit possidere *l. si ad exhibendum* 8. *D. eod.* Post illam verò pronunciationem sequi debet arbitrium De re exhibenda, Tum si non pareatur arbitrio, neque res exhibeatur, condemnatio tandem fit aut quanti actor sua interesse in litem iurauerit si vindicationis gratia exhibitio postuletur, Aut quanti reuera interesse sua probauerit, si non ad dominij sed ad alterius iuris causam actio referatur. Et hæc quidem de actione ad exhibendum dixisse sufficiat, vt de aliis arbitrariis actionibus dicere pergamus.

ERROR SEXTVS.

De noxalibus actionibus, Nullas esse arbitrarias. Ad l. miles 6. §. 1. D. de re iudic.

SI quid est in libris nostris quod inscitiam Triboniani detegat, illud sanè est quod *in §. prætereà, Instit. de action.* scripsit ille noxales actiones esse arbitrarias, Quem errorem etiam nos ante hunc diem secuti sumus, tanti viri authoritate potiùs quàm fide, aut iudicio decepti. Sic enim definit eo loco, Arbitrarias actiones esse illas, in quibus nisi arbitrio iudicis reus cum quo agitur satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel soluat, *vel*, inquit, *ex noxali causa seruum dedat* condemnari debeat. Et tamen si veram iuris rationem inspiciamus defendi certè nullomodo potest, Eo saltem sensu noxales actiones esse arbitrarias. Cùm enim arbitrariæ actiones illæ sint quæ ita pendent ex arbitrio iudicis, vt non aliter condemnatio ex iis sequi possit, quàm si arbitrio non pareatur, Apparet eas tales esse semper debere, vt arbitrium præcedat condemnationem, Vt ex illarum omnium exemplis de quibus hucusque diximus perspici potest. Et consequenter si noxales essent arbitrariæ non aliter condemnari vnquam dominus posset, quàm si noxam dedere nollet, neque alia de causa, quàm quia non dederet, Quomodo haud dubiè Tribonianus noster intellexit, cùm actiones noxales ideò arbitrarias esse vult quòd ex iis conuentus dominus si seruum noxæ non dedat condenatur: Ita innuens debere arbitrium præcedere De seruo dedendo pro noxa, priusquàm contra dominum sequi possit condemnatio. Atquin hoc falsum est, & quod bona Triboniani pace dictum sit, falsissimum, Noxæ siquidem deditio ex ipsa lege duodecim tabularum quæ hoc ius primùm induxit, numquam in condemnationem deducitur, sed semper pecuniariam condemnationem sequitur, vt eleganter Vlpianus scribit *in l. miles 6. §. 1. D. de re iudic.* qui locus omnium aptissimus & accommodatissimus est ad naturam actionum noxalium exprimendam. Ait Vlpianus, Eum qui decem aut noxæ dedere condemnatus est, iudicati actione teneri in decem duntaxat: non etiam ad noxam dedendam. Facultatem enim noxæ dedendæ, inquit, à lege accipit. Aliter atque si quis ab alio decem aut noxæ dedere stipuletur. Hic enim

non sola decem ex stipulatione petere potest, sed quemadmodum vtrumque in stipulatione alternatiuè continetur, Ita vtrũque sub disiũctione & alternatione petere debet, Ne alioqui causa plus petere videatur vt Iustinianus scribit *in §. huic autẽ vers. qua de causa Inst. de act.* Tam enim deducta sunt decem in huiusmodi stipulationem quàm noxæ deditio, nec minùs noxæ deditio, quàm decẽ. Singula scilicet per se, ac separatim considerata, licèt vtraque simul & alternatiuè. At iudicium solius noxæ deditionis nullum est, subiungit Vlpianus sed pecuniariam condemnationem sequitur, id est nullum iudicium in eam rem comparatum est vt dominus seruum noxæ dedat, sed tantùm, vt pro seruo præstet pœnam legitimam siue furti siue legis Aquiliæ aut honorariam si agatur Vi bonorum raptorum, aut iniuriarum. Itaque pecuniariam condemnationem præcedere necesse est, & litem æstimari per sententiam, vt noxæ deditio sequi possit. Tantum abest vt verum sit quod Tribonianus voluit, condemnandũ esse reũ ob id quòd seruum noxæ dedere noluerit. Nec dissimile est quod Caius scribit *in l. 1. De noxal. act.* Noxalium actionum eam vim & potestatem esse vt si dãnati fuerimus, liceat nobis deditione corporis quod deliquerit euitare litis æstimationem. Vt intelligamus requiri condemnationem in necessarium antecedens, vt noxæ deditio sequi possit, Nec ad hoc prodesse deditionem noxæ vt euitetur cõdemnatio, quomodo in arbitrariis omnibus actionibus prodest arbitrio iudicis paruisse ad condemnationem euitandam, promerendã´ nq; absolutionem, sed ad hoc tantùm ne litis æstimationẽ quæ per cõdẽnationẽ facta est, præstare cogatur dominus, quamuis condẽnatus. Sic enim accipienda sunt verba illa *euitare litis æstimationem* vt non ad faciendã sed ad factã referatur. Æstimatur enim lis per cõdẽnationem, Nec aliud est, Cogi quẽ pati litis æstimationem quàm vt sententiam & condemnationẽ pati cogatur, *In l. si culpa 63. D. de rei vindic. l. vlt. D. de condict. tritic.* Dixit igitur Caius *litis æstimationem* pro æstimationis præstatione cùm per noxæ deditionem non cõdemnatio impediatur, quàm præcessisse necesse est, sed tantùm exactio & executio condemnationis. Ideóq; nec habet dominus saluam dedendæ noxæ facultatem nisi quousq; iudicati conueniatur, vt ex Iuliano idem Vlpianus tractat *in l. item veniunt 20. §. idem rectè ait D. de hered. petit.* Quia cùm non possit conueniri ex iudicato nisi ad pecuniam *d. l. miles 6. §. 1. de re iudic.* id est ad litis æstimationem, quæ semper pecuniaria est, & per iudicatum ac iudicati actionem nouetur prior actio, quæ fuerat noxalis *l. vltim. C. de vsur. rei iudic.* Consequens est vt ipsa iudicati actio quæ non ex noxa sed ex iudicato nascitur noxalis esse non possit *dict. l. 1. in princip. De noxal. act.* Sicuti nec de noxæ deditione tractari vnquam potest, cùm post noxalem actionem propositam aliud iudicium quodlibet acceptum est *d. §. idem rectè.* Numquam enim pro vna eadémque noxa duplex iudicium noxale reddi potest, Nimirum quoniam noxæ deditio quæ in solutione tantùm est, à lege tribuitur nõ à iudice *d. l. miles §. 1. in fin.* lex autem semel tantùm loquitur, totáque ipsius potestas prima concessione facultatis dedendæ noxæ consumitur. Dixi noxæ deditionem in solutione tantùm esse non etiam in condemnatione *ex dict. §. 1. in fin.* iis verbis *his enim solis condemnatur.* Quia licèt in actione qualibet noxali iudex ita sententiam ferre debeat vt condemnet dominum præstare litis æstimationem aut noxæ dedere *dict. §. 1. in princip. & §. 1. Institut. de offic. iudicat.* Id tamen non ideò fit quòd vtrumque sub alternatione, ac pari iure in condemnationem deduci debeat, sed ne si aliter faciat iudex, nec de noxæ deditione quicquam

quicquam exprimat, eam facultatem dedendæ noxæ quam lex 12. tab. condemnato tribuit ei adimere, atque ita contra legem iudicare videatur, vt initio illius *titul. De officio iudic.* Iustinianus noster docet. Proinde sic accipienda ea condemnatio est, acsi ad pecuniam duntaxat litisque æstimationem præstandam condemnatus esset dominus, sed sub illa tamen exceptione, Nisi malit ex facultate quæ per legem ei tribuitur, noxæ dedere. Simile quiddam est quod ex Iuliano scriptum legimus *in l. cùm fine* 19. *D. quand. dies legat. ced.* Si legatum sine præfinitione temporis ita datum fuerit *Vxori meæ penum heres dato, si non dederit centum dato*, vnum duntaxat legatum intelligi pecuniæ scilicet & centum statim peti posse, Penoris autem causam eò tantùm pertinere vt ante litem contestatam tradita peno heres liberetur. Sed etsi præfinito certo tempore legatum datum proponatur hoc modo *si penum intra Calendas non dederit centum dato* non eo magis putabat Iulianus effici vt duo essent legata, sed potiùs vt centum legata sub condicione videantur, Et quidem sola, ita vt si vxor ante Calendas decesserit, heredi suo neque penum relinquat quæ legata non est, neque ea centum quia dies legati non cesserit. Quamquam in ea specie videtur Iulianus à cæteris prudentibus dissensisse, quorum vt frequentior ita verior fortasse fuit illa opinio, Vt duo sint legata. Vnum penoris, Alterum pecuniæ, Sed quorum prius translatum videatur in posterius si noluerit heres penum dare, vt tunc pecuniam heres debere incipiat, cùm interpellatus non dederit penum, Et si interim decesserit legatarius, heredi eius, penus tantùm non etiam pecunia debeatur. Sic enim Paulus *in leg. si penum* 24. *eod. tit. & in l.* 1. *§. item si ita D. ad l. falcid.* vbi cùm ait *quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi, nec in falcidiam imputare id heredem posse*, Iulianum proculdubio intelligit & perstringit, cuius sententia extat *in d. l. cùm fine*. Vtitur tamen Paulus ibidem distinctione, quæ tertiam quandam & mediam opinionem inducere videtur, Vt si incontinenti heres penum soluerit, scilicet statim atq; interpellatus est & ante moram contractam, videatur penus legata esse, & in legem falcidiã imputari possit, Et quod dixit *incontinenti* sic interpretatur, cum aliquo tẽporis spatio. Sed si iam mora facta soluerit heres penum, tunc nec legatum accepisse videri debeat, nec penus in falcidiam imputari. Iam enim transfusum legatum esse & decem deberi, Non aliter quàm si legatum ab initio sic datum sit *si penum non dederit decem dato*, quo casu certum est penum non esse legatam, sed si detur mortis tantùm causa capi, id est non aliam ob causam quàm quia deficiat legati condicio, *dict. leg. si penum in fin.* Videtur tamen Iuliani sententia indistinctè placuisse non tantùm Vlpiano, sed etiam Marcello in notis ipsius ad Iulianum, vt constat *ex l.* 1. *D. de pen. legat.* Vbi scribitur in hac ipsa specie, penum esse solummodò in præstatione, neque ex legato peti vllo casu posse, sed solam quantitatem. Habere tamen heredem facultatem offerendi & soluendi penum vsque ad litem contestatam, Nisi fortè aliud tempus vel mente, vel verbis testator præstituit. Quæ exceptio cadit in distinctionem illam Iuliani an cum præfinitione temporis, an sine præfinitione testator pecuniam legauerit si penus non daretur. Sed ille alius nec minùs dubius, quàm subtilis tractatus est. Illud verò certius, quod nunc contendimus, Quoties in iudicio noxali Iudex condemnat dominum aut æstimationem litis soluere aut noxæ dedere, noxæ deditionem in solutione & præstatione duntaxat esse, idque ex legis potestate potiùs quàm

ex sententia iudicis, Nullomodo autem in condemnatione, sed pecuniam tantùm, Ideóque nec mirum esse quod in executione iudicati & actione illa in factum quæ nascitur ex iudicato, sola pecunia semper petitur, post illud scilicet tempus quod iudicatis datur ad soluendum, Noxæ verò deditio numquam *d. l. miles §. 1. De re iudic.* Cui tamen consequens non est, vt qui noxali actione cōtra dominum agit, præcisè ad pecuniam agere debeat detracta noxæ deditione. Qui enim sic ageret vtique malè ageret, & causa caderet, inspecta iuris veteris ratione, quasi non tā causa plus petens, vt ille qui ex duabus rebus alternatiuè debitis alteram præcisè petit *d. §. huic autem vers. qua de causa Inst. de action.* Quàm agēs actione sibi non competente. Nec enim ex delicto serui actio vlla præcisè & absolutè competere potest aduersus dominum qui non ipse deliquit, sed noxalis tantùm, Nisi eo demùm casu quo sciente domino nec prohibente cùm posset, seruús deliquerit. Tūc enim dominus in solidū obligatur, quasi ex proprio suo potiùs quàm ex serui sui delicto *l. 2. 3. 4. & pass. D. de noxal. act.* Quò pertinet quod *in d. l. 4. §. vlt.* scriptum est, Si detracta noxæ deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, non solùm absolui dominum debere, sed etiam absolutione secuta & finito iudicio amplius agendo cum noxæ deditione actorem exceptione rei iudicatę summoueri debere, quia res, inquit, in superius iudicium deducta & finita est. Donec autem prius iudicium agitatur, licentia est agenti vt eadem lex ait si eum de scientia domini arguenda pœniteat, tunc ad noxalem causam transire, Contrà quoque si cum eo qui scit, cum noxæ deditione actum sit, ampliùs in dominum, detracta noxæ deditione, dandam actionem non esse. Vt appareat noxalem actionem detracta noxæ deditione institui numquam posse, licèt ipsa noxæ deditio in petitione numquam sit. Quoniam aliud est contra dominum agere cum noxæ deditione, id est saluam relinquere domino facultatem dedendi seruum pro noxa, quam facultatem habet à lege: Aliud verò agere ad ipsam noxæ deditionem, quod neque separatim, neq; alternatiuè coniuncta pecuniæ petitione fieri vnquam potest. Id enim est quod Vlpianus ait *in d. l. miles 6. §. 1. De re iudic.* iudicium solius noxæ deditionis nullum esse, Nec quēadmodū noxæ deditio esset in obligatione alternatiua si quis decem aut noxam dedere stipulāti promisisset, Ita in noxali iudicio deditionem noxæ perinde ac pecuniam alternatiuè in petitione esse. Nam in petitione numquam est, ac ne quidem in præstatione semper, sed post condemnationem tantùm. Neque contrarium est quod Caius scribit *in l. non solùm 29. De noxal. act.* non solùm eum qui in potestate non habet seruum delinquentem recusare posse noxale iudicium, verùm etiam habenti in potestate liberum esse iudicium euitare si indefensam eam personam relinquat. Sed huic necesse esse ius suum ad actorem transferre: quod ipsum nihil aliud est quàm seruū noxæ dedere. Sequitur enim statim apud Caium *perinde acsi damnatus esset* quasi recusatio illa defendendi seruum pro tacita quadam cōdemnatione habenda sit. Sic enim & Pōponius *in l. noxali 33. eod.* scribit, Noxali iudicio inuitum neminem cogi aliū defendere, sed carere debere eo quem non defendit, si seruus est. Cùm igitur condemnationem aliquam siue expressam siue tacitam præcedere necesse sit vt noxæ deditio locum habere possit, An non absurdissimum est dicere cum Triboniano *in dict. §. prætereà De action.* In noxalibus actionibus si reus conuentus seruum noxæ non dedat condemnari eum debere? Potiùs enim dicendum erat Posse illum ita demùm noxæ dedere si iam fuerit ipse condemnatus, Aut si nolens seruum defendere habeat se iam pro condemnato. Neque hoc sanè ali-

quam

Digitized by Google

quam videtur habere dubitationem. Difficilius est recentiorum nostrorum distinctiones quasdam refellere, quibus in huiusmodi quęstione uti solent.

ERROR SEPTIMVS.

De actionibus arbitrariis quæ contra dominum ex noxali caussa instituuntur.

RECENTIORVM distinctio quam nos hic refellendam suscipimus, illa est, Vt si ex tali caussa agatur ex qua arbitraria actio est etiam noxalis actio sit arbitraria, & noxę deditio sit in arbitrio iudicis ante sententiam, At si ex caussa tali agatur ex qua arbitraria actio non est, nec ipsa noxalis actio quę eo nomine competit arbitraria sit. Verbi gratia, inquiunt, Si seruus tuus mihi per vim metúmque rem aliquam abstulerit, [melius dixissent *extorserit* ad significandū tradentis quoq; cōsensum] & illa res ad te non peruenerit [si enim peruenisset tuo nomine tenereris] agam contra te noxaliter ex edicto Prætoris Quod metus causa. Et talis actio noxalis erit arbitraria. Arbitrabitur enim iudex antè sententiam, vt restituas, vel seruum noxæ dedas: Quòd si alterutrum feceris, vitabis condemnationem, Si non feceris condemnaberis in quadruplum vel noxæ dedere. At si seruus tuus mihi furtum fecerit, & res illa ad te non peruenerit, agam contra te furti actione noxaliter, Sed hæc actio arbitraria non erit, quia furti actio sua natura arbitraria non est. Itaque in eiusmodi caussa ante sententiam nihil licebit Iudici, sed ex stricta formula iudicabit *Videri seruum tuum furtum fecisse*, Et te condemnabit in duplum, Vel noxæ dedere. Sicque intelligunt quod scriptum est *in l. quod diximus 16. §. 1. D. de eo quod met. caus.* Et distinctionis huius authorem laudant Duarenum *in tract. De in lit. iurand.* Ego verò distinctionem hanc neq; laudare, neq; pati possum. Etsi enim vellet quis admittere, quod tamen posteà negabimus, actiones arbitrarias posse noxales fieri si ex dolo & delicto serui originem trahant *ex d. l. quod diximus §. 1.* Nego tamen manere illas noxales post arbitrium si dominus nomine serui conuctus & victus arbitrio parêre nolit. Nam si verum est, vt est, quod illi volunt postquàm pronunciatum est *Rem qua de agitur, per vim aut metum à seruo illatam extortam videri* sequi debere arbitrium, vt dominus eam rem restituat, vel noxæ dedat. Omnino consequens est, vt si arbitrio parêre dominus nolit, id est neque rem restituere, neq; seruum noxæ dedere, condemnari postmodam debeat in quadruplum sine vlla noxæ dedendæ facultate, Tanquam qui exinde incipiat, non tam ex facto serui, quàm ex suo conueniri: hoc est ex sua contumacia, & ob id solùm quòd arbitrio parere noluerit. Hoc enim est quod tam sæpè diximus in superioribus, Condemnationem illam grauiorem quæ in actionibus arbitrariis irrogatur nihil nisi pœnam esse contumaciæ sine qua nec vlla esset ratio condemnationis infligendæ *Ex l. vltim. D. de fideiuss. l. item si cum 14. §. in hac actione D. quod met. caus.* vbi eleganter Vlpianus tractat, Nemini debere iniquum videri quòd in actione Quod metus causa, etiam is qui neque vim, neque metum intulit si tamen ad eum res per vim extorta peruenerit, in quadruplum nihilominus condemnatur, *quia*, inquit, *non statim quadrupli est condemnatio, sed si res non restituatur.* Quasi dicat non ob vim ab alio illatam condemnari in quadruplum debere illū

qui conuenitur, sed ob id tantùm quòd arbitrio iudicis obtemperare recusauerit, rémque restituere cuius tamē restituendæ cùm ad eum peruenerit, habebat facultatem. Nec sanè alia ratio vlla est propter quam fieri possit, vt non debeat iniqua videri condemnatio quadrupli in actione Quod metus causa contra eū qui licèt rem per vim aut metum extortam possideat, tamen neque vim intulit, neque metum. Factum enim cuique suum nocere debet non alteri *l. non debet 74. l. factum 155. De regul. iur.* nihilque aliud hoc esset, quàm ex facto vnius prægrauari alterum cui nihil imputari posset. Hoc igitur admisso, vt dominus noxali actione Quod metus caussa conuentus in quadruplum condemnatus sit, & meritò, quòd rem quam poterat restituere noluerit, vt scriptum est *in d. l. item si cùm §. hæc autem actio.* Quis ferat aut æquum putet, saluam ei manere noxæ dedendæ facultatem post irrogatam quoque quadrupli condemnationem? Non enim alia noxæ deditionis permittendæ ratio fuit, quàm quòd iniquum esset nequitiam seruorum vltra ipsorum corpora dominis damnosam esse, vt Iustinianus tractat *in §. 1. De noxal. act.* post Vlp. *in l. 2. D. eod.* Quæ ratio & æquitas cessat euidenter quoties aliquid imputari domino potest propter quod debuerit condemnari. Amplius hoc est in proposita specie, quod cùm arbitrium iudicis tale fuerit vt dominus eam rem quam seruus per vim aut metum extorserat restitueret, vel seruum noxæ dederet, non potest dominus spernere arbitrium iudicis quin ipsam quoque noxæ dedendæ facultatem sibi per arbitrium datam spernat & respuat. Cùm enim arbitrium interuenerit de hoc vel illo faciendo, alterutrum factum esse sufficeret, vt arbitrio paritum dici posset. Et consequenter secuta posteà condemnatione verum est dicere, non minùs ob id condemnatum eum esse quòd noxæ seruum dedere noluerit, quàm ob id quòd rem per vim extortam non restituerit, cùm potuerit æquè noxam dedendo atque rem ipsam restituendo parère arbitrio & ita condemnationem euitare. Cur ergo permittamus ei redire ad beneficium legis quod semel aspernatus est, vt propemodum legem ipsam ludibrio habere videatur? Sicuti ratiocinatur Iustin. *in l. vltim. §. vbi autem Cod. de bon. quæ liber.* nisi fortè probabilius quis putet, vt tum quoque cùm noxale iudicium Quod metus causa acceptum est, arbitrium reddi debeat De re tantùm restituenda, non etiam de seruo noxæ dedendo, Noxæ autem dedendæ facultas in condemnationis, & iudicati tempus differatur. Sed hoc dici meo iudicio non potest. Iniquum enim esset arbitrium illud, quo iuberetur dominus eam rem præcisè restituere, quam seruus per vim extorsisset, sine noxæ deditione, Cùm tractemus eum casum, quo res per vim extorta ad dominum non peruenerit, ac proinde cuius restituendæ facultatem ipse non habeat, & quam ideò nec iubendus esset restituere, si non serui sui nomine conueniretur. Prius enim est vt qui arbitraria actione conuenitur restituendæ rei habeat facultatem, siue quòd eam possideat, siue quòd dolo eam desierit possidere, quàm vt restituere iubeatur, ne rei impossibilis præceptum videri possit. Ergo quoties arbitraria actio Quod metus causa ex facto serui proponitur contra dominum ad quem res per vim extorta non peruenit, Aut iniquum oportet reddi arbitrium aduersus dominum de re illa restituenda præcisè, aut verba illa addi necesse est *aut noxam dedere*. Siquidem ea demùm iusta causa esse potest, propter quam in quadruplum condemnari ipse debeat, si cùm posset se liberare per noxæ deditionem, ne id quidem facere voluerit, Cui contrarium tamen est, quod suprà diximus *ex l. miles 6. §. 1. D. de re iudicat.* noxæ deditionem semper sequi pecuniariam condemnationem Quid enim hoc aliud est quàm

noxæ

noxæ deditioni locum nullum esse nisi cùm agitur iudicio stricto. Cuiusmodi sunt ea ferè omnia quæ ex delicto proficiscuntur, ex quibus scilicet postquàm de facti & delicti veritate cognitum est, vnica fit pronunciatio quæ condemnationem rectà continet litémque tanti æstimat quanti ea pœna est quæ delicto ex legibus debetur. Tritum namque est noxales actiones omnes ex delicto descendere, sicut actiones de peculio ex contractu nascuntur *dict. l. 1. D. de noxal. act. l. 1. §. si filiusfamilias. D. de his qui effud. vel deiect.* Delicta verò ferè omnia suas habere pœnas certas, & consequenter actiones quæ ex delictis competunt, non posse strictas non esse, nullúmque in iis arbitrium iudicis interuenire, quod præcedere debeat condemnationem. Alia ratio est actionum quæ cùm ex delicto non nascantur propriè ac immediatè, delictum tamen aliquod supponunt, Velut actio Quod metus caussa, quæ cùm aduersus eum quoque possessorem detur qui metus & violentiæ conscius non fuit non potest videri ex delicto nasci, *dict. l. item si c`m 14 §. in hac actione & §. aliquando in fin. quod met. caus.* Et tamen supponit semper delictum aliquod Vim scilicet illatam esse vel metum. Ad hoc enim semper actor adstringitur vt doceat vim aut metum in causa fuisse vt id factum sit, cuius rescissio per eam speciem in integrum restitutionis postulatur *dict. §. in hac actione* : Sed quia non tam pœnæ & vindictæ quàm rei persecutionem continet, datúrque contra omnes rei per vim extortæ possessores quamuis innocentes. Placuit non aliter condemnationem ex ea sequi posse in quadruplum, quàm si arbitrium præcesserit de re restituenda, eique arbitrio parêre reus recusauerit. Cùm tamen in actionibus strictis, & pœnalibus quæ rectà dantur ad pœnam nihil prosit reo ad pœnam euitandam quòd rem restituere sit paratus. Nec enim quisquam ex pœnitentia nocens esse desinit *l. qui ea mente 65. D. de furt.* Nimirum in cæteris actionibus quæ ex delicto nascuntur, obligatur reus ex ipso delicto. Quod vbi semel admissum est, fieri nequit vt admissum non sit. At in actione Quod metus causa quæ datur etiam contra innocentem, ac proinde nullomodo obligatum, nascitur tota condemnationis causa ex sola possessoris contumacia, nec tam delictum illati metus & violentiæ causam condemnationi præbet, quàm conditio illa est sine qua non posset perueniri ad condemnationem. Si enim metus illatus non esset, actio hęc Quod metus causa locum habere numquam posset. Porrò nulla possessoris contumacia esse potest si arbitrium iudicis De re restituenda nullum intercedat. Idque apparet euidentiùs in actione Rerum amotarum, Quæ licèt in eo differt ab actione Quod metus causa, quòd nascitur ex furto & delicto *l. si mulier 21. §. penultim. & vltim. D. rer. amot. l. si rerum 52. D. de re iudicat.* in eo tamen similis est quod rei persecutionem perinde continet non pœnæ *dict. §. penultim.* & ob id arbitraria quoque est. Continet enim arbitrium iudicis, De reddendis rebus amotis, & si non reddantur, condemnanda est mulier quæ res amouit quanti vir in litem iurauerit *l. si cùm dos 8. §. 1. & l. sequent. D. rer. amot.* Non quia deliquerit & furtum fecerit, sed quia noluerit reddere. Nec aliud est in actione De dolo quæ & ipsa arbitraria est, & in eo tamen dissimilis actioni Quod metus causa, quod non aduersus alium datur, quàm eum ipsum qui dolum commisit *l. sed & ex dolo 15. §. vltim. & l. sequent. D. de dolo.* Neque tamen nascitur semper ex delicto, cùm dolus non tam proprium & speciale aliquod delictum sit, quàm delictorum omnium veluti fons & origo, Et idcirco neq; ad pœnam vllam datur, sed tantùm ad rei persecutionem arbitrio iudicis

l. arbitrio 18. *D. eod.* neque semper noxalis est sed interdum de peculio *l. si quis adfirmauit* 9. aliàs *l. si oleum §. hac de dolo actio D. de dolo.* Igitur in his omnib. actionibus si is qui vel dolum, vel vim, vel furtum à seruo tuo passus est contra te velit agere velut ipsius serui tui nomine, noxale iudicium erit *d. l. quod diximus 16. §. 1. quod met. caus. l. si quis adfirmauit 9. §. hac de dolo actio l. vlt. D. de noxal. act. l. si mulier 21. §. at si in dotem D. rer. amot.* Sed an in quadruplū, an in simplum? Est enim aliquando actio etiam noxalis quadrupli aliquando simpli vt si seruus tuus vi bona mea rapuerit, eóque nomine agam contra te vi bonorum raptorum *l. pen. Cod. de noxal. action.* vbi pro *simplici* lego *simpli* in illis verbis *simplici noxali iudicio conuenire potes*, vt noxale iudicium simpli opponatur noxali iudicio quadrupli de quo sunt præcedentia. Datur enim actio Vi bonorum raptorum in quadruplum intra annum vtilem, Post annum verò in simplum. In quo videtur illa similis actioni Quod metus causa quæ perinde datur in quadruplum intra annum vtilem, in simplum verò post annum *d. l. item si cùm* 14. *§. 1.* Sed cum hac tamen differentia, quòd in quadruplum competit omnimodo actio Vi bonorum raptorum intra annum, Actio verò Quod metus caussa non aliter quàm si res non restituatur *§. item actio Inst. de action.* Sicut & post annum non semper competit actio Quod metus causa sed tantùm causa cognita, *dict. §. 1. in fin.* id est vt sequens §. explicat, ita demùm si alia actio nulla sit, Cùm tamen actio Vi bonorum raptorum post annum detur omnimodo in simplum *l. 1. D. vi bonor. rapt. l. 2. 3. 4. & 5. Cod. eod.* & initio *tit. Inst. eod.* Nempe quoniam actio Vi bonorum raptorum est stricta & præcisa. Actio autem Quod metus causa est arbitraria. Ideóq; magis esse puto vt in proposita quæstione cùm seruus tuus rē aliquam à me per vim extorsit dari debeat mihi contra te iudicium noxale non Quod metus causa nec in quadruplum sed in simplum, id est ad indemnitatem, vt quanti damnum est quod mihi datum fuit, & quanti mea interest, condemneris, aut noxæ dedere. Cur enim daretur in quadruplum ab initio, cùm ex ipsa actione Quod metus causa, nō debeatur quadruplum statim & ab initio, sed ex eo tantùm tempore quo noluit reus restituere? *dict. l. item si cùm §. in hac actione.* Atqui necesse est vt iudicium noxale detur ad aliquid, quod sit extra noxæ deditionem. Iudicium siquidem solius noxæ deditionis nullum est, vt ait Vlpianus *in d. l. miles 6. §. 1. De re iudic.* Ergo cùm neque ad solam noxæ deditionem, neque ad quadruplum dari possit necesse est vt ab initio detur ad id quod interest actoris, neque possit actio illa crescere ex postfacto, quomodo cresceret si tandem daretur in quadruplum. Numquam enim crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio, vt est in regula iuris *l. omnis hereditas* 138. *§. 1. De regul. iur.* Omnes autem actiones noxales vt iam diximus, ex delicto & maleficio nascuntur. Ergo ad eam litis æstimationem dandæ sunt quæ ex ipso instanti delicti fuerit debita, & consequenter non ad quadruplum ob rem per metum extortam, cùm ex eiusmodi delicto nec liber homo debeat in quadruplum condemnari. Quam ob causam sic loquitur Vlpianus *in dict. l. quod diximus §. 1.* vt videatur opponere noxalem actionem quæ si serui metum adhibuerint, competit ipsorum nomine aduersus dominum, Actioni Quod metus causa qua conueniri potest dominus proprio nomine si ad eum res per seruos vi extorta peruenerit. Vt significet eo solo casu posse dominum condemnari in quadruplum, si suo nomine, non etiam si noxali iudicio conueniatur. Ex quo concludendum est Actionem Quod metus causa ex qua non potest alia sequi cōdemnatio quàm in quadruplum, numquam esse noxalem, Nec id alia de causa quàm

quia

quia semper sit arbitraria. Adeò verum est quod contra omnes & veterum & recentiorum opiniones defendimus, Neque noxales vllas esse arbitrarias, neque arbitrarias posse vllo casu esse noxales. Planè si dominus eam rem possideat, quam seruus per vim extorsit, perinde quidem iudicio noxali tenebitur si id eligere actor malit, sed præterea conueniri etiam proprio nomine poterit, & propria actione Quod metus causa per quam consequetur actor vel rem ipsam si reus arbitrio parêre voluerit, vel quadruplum *dict. l. quod diximus §. 1.* vbi quod addit Vlpianus, Hanc actionem Quod metus causa durare contra dominum si ad eum res peruenerit, tametsi iudicio noxali iam conuentus fuerit, seruúmque noxæ dedere maluerit. Probat apertissimè, Noxalem igitur actionem illam priùs institutam, non esse actionem Quod metus causa sed aliam planè diuersam. Alioqui proculdubio per noxale iudicium consumpta fuisset cùm sententia in noxali iudicio reddita pariat exceptionem rei iudicatæ in iudicio puro, quia tota res in prius iudicium deducta & finita est, inquit Paulus *in l. 4. §. vltim. D. de noxal. action.* At quoniam iudicium noxale institutum propter vim à seruo illatam differt toto genere ab actione Quod metus causa, Placet vnam actionem per aliam non consumi, nisi hactenus vt si dominus per actionem Quod metus causa suo nomine conuentus vel rem præstiterit, vel quadruplum, prodesse ea res debeat seruo, ne quandocumque liber factus possit ex delicto suo conueniri, vt benè Accursius explicat. Improbus enim esset qui ex eâdem causa bis idem consequi vellet *l. si quis dolo 51. in fin. D. de re iudic.* Igitur si quæramus An ob vim à seruo adhibitam in re extorquenda condemnari dominus possit in quadruplum, adhibenda distinctio est An iudicio noxali conueniatur serui sui nomine, An suo proprio per actionem Quod metus causa, Vt priore casu numquam condemnetur in quadruplum nec si seruum noxæ dedere recuset, sed tantùm in simplum: Posteriore verò vel arbitrio parêre debeat & rem restituere, Vel quadrupli condemnationem omnino pati, nec possit se liberare seruum dedendo pro noxa cùm suo nomine & actione pura non noxali iudico conueniatur. Sed si quis pergat quærere, An actione Quod metus causa conueniri semper possit, an noxali iudicio. Respondebo, Noxalem quidem actionem omnimodo competere quæ ex delicto serui datur, quia semper verum est seruum deliquisse. Sed quod pertinet ad actionem Quod metus causa, distinctionem aliam adhibendam esse, Vtrum res quam seruus per vim extorsit ad dominum peruenerit, necne, Vt si peruenerit, actione illa conueniri possit, & quidem quod est prorsus consequens suo nomine, si non peruenerit, non possit, solúmque iudicium noxale superfit quod contra dominum serui nomine proponere debeat is qui vim passus est.

ERROR OCTAVVS.

De actione rerum amotarum an sit arbitraria.

ANTE nos fortassis nemo dixit quod nos in præcedentibus iam attigimus, Actionem rerum amotarum esse arbitrariam. Et ne id quisquam dicere potuerit, in causa meo iudicio illud fuit quod scri-

ptum legimus *in l. rerum 26. D. ill. tit. Rerum amot.* actionem rerum amotarum condictionem esse. Constat enim condictiones omnes strictas esse & stricti iuris, nullas arbitrarias: Eámque potissimùm ob causam cùm in superioribus Decadibus tam de condictionibus cæteris, quàm de actione Rerum amotarum tractaremus circa quæstionem illam, Vtrùm condictio furtiua, itémque Rerum amotarum detur in solidum contra heredem. Monuimus actionem rerum amotarum condictionem non esse, sicque addita negatione legendum *in dict. l. 26.* Et inde petendam rationem differentiæ illius quæ est inter condictionem furtiuam & actionem Rerum amotarum, vt condictio furtiua detur in solidum contra heredem, licèt nihil ad eum ex re furtiua peruenerit *l. in condictione 9. D. de cond. furt.* Actio autem rerum amotarum non detur, nisi in quantum ad eum ex rebus amotis peruenerit *l. vltim. Cod. rer. amotar.* Nempe quia furtiua condictio cùm stricta sit sicut cæteræ condictiones omnes strictam quoque & præcisam habet condemnationem, ad quam rectà decurritur nullo arbitrio interueniente. At actio rerum amotarum cùm sit arbitraria, non aliter parere condemnationem potest quàm si præcedat arbitrium de rebus amotis restituendis ab eo qui amouit. Cui arbitrio si posteà parere nolit is contra quem agitur, condemnari ipse debeat quanti sua interesse actor in litem iurauerit *l. si cùm dos 8. §. 1. & seq. D. eodem.* Atqui arbitrariis actionibus omnibus commune illud est, vt arbitrium quod in iis interuenire necesse est æquitatem maximam habeat. Nihil enim aliud arbitrari iudex potest, quàm quemadmodum ex bono & æquo actori satisfieri oporteat *§. præterea. Inst. de action. l. quòd si Ephesi 4. §. 1. D. de eo quod cert. loc.* Nemo autem dixerit æquum esse, vt heres mulieris quæ res amouit, iubeatur ob delictum defunctæ cuius non sit ipse conscius plus reddere, quàm ad eum peruenerit, & id restituere quod non habeat, vt *in l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebellian.* Ita enim fieret vt perinde teneretur, acsi delictum ipse commisisset, quod euidenter iniquum esset. Hactenus enim ex defuncti delicto heredē teneri æquum est, vt turpe lucrum ei auferatur, non etiam vt delicti pœnam aliquam sentiat. Vt in actione Quod metus causa quæ perinde arbitraria est tractat Vlpianus *in l. quod diximus 16. §. vltim. D. quod met. caus.* In quo licèt idem ius esse videatur aliarum quoque actionum, quæ non sunt arbitrariæ, quia semper lucra turpia heredibus extorquenda sunt licèt crimina extinguantur *l. in heredem 5. in princip. D. de calumniat. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. sicuti 38. De reg. iur.* excipiendæ tamen sunt condictiones, quarum nomen ipsum demonstrat esse illas æstimandas non tam ex eo quòd si penes reum qui conuenitur, quàm ex eo quod actor amisit. Atqui verum est solidum amisisse illum cui furtum factum est. Postquàm igitur placuit heredem quoque furis perinde ac furem teneri condictione furtiua quamuis non sit ipse fur ideóque nec furti actione teneatur *l. 2. l. ex furtiua 5. D. de cond. furt.* Prorsus consequens est vt non minùs contra furis heredem, quàm contra furem ipsum condictio furtiua in solidum detur. Cúmque actio rerum amotarum non sit condictio, tametsi contineat rei persecutionem *l. si mulier 21. §. hæc actio D. rer. amot.* nihil certè causæ est cur in solidum dari debeat contra heredem, & suprà quàm ad eum peruenerit. Nec quod fatemur eam esse rei persecutoriam facere debet vt condictio videri debeat aut condictionis iure censeri. Non enim sicuti condictiones omnes rei persecutionem continent, & ipsa quoque condictio furtiua *l. si pro fure 7. §. 1. & seq. D. de cond. furt.* ita è contrario dicendum est omnes actiones quæ rei persecutionem

continent

continet esse condictiones, Alioqui tam eæ quæ bonæ fidei sunt, quàm quæ stricti iuris illo nomine continerentur, cùm omnes comparatę sint ad rem persequendam vt vel ex ipsa actionis definitione apparet *l. nihil aliud est* 51. *D. de obligat. & action.* Nimirum quædam sunt quæ rei persecutionem ex bona fide continent, quas bonæ fidei appellamus, alias quæ arbitrio iudicis, vt de actione in factum quæ datur ob alienationem iudicij mutandi causa factam, scribit Vlpian. *in l. item si* 4. *aliàs l. non solum §. vlt. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* & de actione Quod metus causa *in l. item si cùm* 14. *§. in causa autem cognitione in fin. D. quod met. caus.* Arbitrium igitur quod in actione rerum amotarum interuenire necesse est, & ex quo pendet actio ipsa tanquam arbitraria, in eo totum versatur, vt iudex in huiusmodi actione datus, iubeat res amotas reddi ei cui amotæ sunt. Nam si reddantur atque ita satisfiat arbitrio nihil nisi absolutio sequi potest: Sin arbitrio non pareatur, condemnatio sequetur quanti actor in litem iurauerit *d. l. si cùm dos §.* 1. Scilicet si rerum amotarum actio iure dominij deferatur, vt circa furti actionem loquitur Papinianus *in l. si vendidero* 80. *§.* 1. *D. de furt.* Nam cùm per actionem Rerum amotarum possit quis eas quoque res persequi quarum dominus non fuit, puta quas pignori acceperat *l. si concubina* 17. *§. vlt. D. rer. amot.* aut bona fide à non domino emerat *l. si rem* 20. *eod.* non puto earum rerum nomine in litem iurari posse, sed condemnari debere personam quæ conuenitur in id duntaxat quòd agentis reuera interest, vt euenit in hypothecaria, in actione De dolo, in Pauliana, inq; aliis pluribus arbitrariis *l. si inter* 21. *§. vlt. D. de pignor. l. arbitrio* 18. *in princip. D. de dolo.* Nam neque aliam deferendi in huiusmodi actione iurisiurandi rationem adfert Paulus *in l. nō enim* 9. *D. rer. amot.* quàm quòd æquum non sit inuitum quem suo precio res suas vendere. Quæ ratio perpetua est, quoties iusiurandum defertur, & qua cessante iusiurandum deferri numquam debet *l. tutor* 8. *D. de in lit. iur. l. eius rei* 46. *cum seq. l. nec quasi* 70. *D. de rei vindic. l. si filiofamilias* 25. *§. maritum D. solut. matr.* Quomodo etiam intelligo quod scriptum est *in l. cum furti* 9. *D. de in lit. iur.* in furti actione iurari in litem, Sicque iurari oportere, tanti rē fuisse cùm furtū factum est. Eo videlicet casu quo furti actio iure dominij deferatur, non etiam si ob id quòd ex alia causa interfit. Quamquam eo quoque casu, quo furti actio defertur iure dominij, mirū sanè videtur in ea iurari in litē, cùm per eam nō res ipsa petatur sed pœna tātùm legitima: Sed habet hoc ius illā rationem quòd in actione illa furti duplatur vel quadruplatur verū rei preciū *l. in furti* 50. *D. de furt.* Verū aūt precium rei furtiuæ nō ab alio cōstitui oportet quàm à domino cui furtū factū est *d. l. tutor. & d. l. eius rei.* Odio præsertim furis propter quod alia permulta recepta legimus cōtra vulgares regulas iuris *§. sit itaq; Inst. de act.* Nam illud certè constat, In actionibus strictis, qualis est actio furti non solere in litem iurari. Extra casum *l. in actionibus* 5. *§. planè & l. seq. D. de in lit. iur.* id est, Nisi cùm aliter non potest iudex rem æstimare quæ non extat & quæ tamen æstimanda est ex præsenti tempore quo extare iam desiit. Ad quam exceptionem vtique aptari non potest, quod de furti actione traditum est *in dict. l. cum furti*, quoniam in furti actione non iuratur tanti rem esse eo tempore quo iuratur, sed tāti rem fuisse cùm furtum factum est, vt ea lex ait. Inspecto igitur tempore præterito, ex quo æstimari rem nihil prohibet, etiam quæ non extat, vt euenit in actione legis Aquiliæ & in condictione furtiua *l.* 2. *§. quæsitum D. de priuat. delict.* Qua de causa fatendum est nullum fuisse rationem propter quam permitti debuisset iurari in litem in actione furti, nisi furis odium ius illud à Iurisprudent-

tia propemodum inuita extorsisset, Ideóque nec sic loquitur Vlpianus *in dict. l. in furti*, vt dicat quadruplari iustum precium, sed verum, quod aliud est. Iustum enim precium vix esse potest, quod ex actoris iureiurando constituitur *dict. l. nec quasi.* Verum tamen esse potest, cùm nemo alius verum constituere meliùs possit, quàm dominus *dict. l. tutor. & dict. l. non enim & dict. l. eius rei.* Quemadmodum & *in dict. §. planè*, verum precium est quod iureiurando agentis taxatur, licèt rei peremptæ precium iustum esse nullum possit. Condictionis furtiuæ alia ratio est. In ea namque sicuti non iuratur in litem siue res furtiua extet tempore condemnationis, siue perierit, & extare desierit post litem contestatam, quoniam vtroque casu condemnandus est fur, vel heres eius quanti plurimi res vnquam fuit à tempore litis contestatæ in diem vsque condemnationis, *dict. §. quæsitum l. in re furtiua 8. D. de condict. furt.* Ita iurari necesse est si res perierit ante litem contestatam. Non addo *post moram* quia fur à die furti admissi moram semper facere intelligitur *dict. l. in re furtiua in fine* nec proinde necessaria est hæc adiectio quæ ponitur *in dict. §. planè.* Sed dico, si res antè litem contestatam perierit. Quandoquidem eo casu debetur præsens æstimatio, quæ est tempore contestationis & quæ tamen sciri sine iureiurando actoris nullo modo potest, non magis quàm si alia qualibet stricta actione ageretur. Neque odium furis facere potuit vt extra hunc casum in litem iuraretur in condictione furtiua, quia iam satis supérque visum est hactenus domino indulgeri odio furis, vt contra furem detur condictio ad eam ipsam rem persequendam, cuius vindicatio contra eundem competit, solúsque ille cui furtum factum est habeat condictionem rei suæ quæ alij cuilibet domino denegatur *l. 1. De cond. furt. l. vltim. in fin. D. vsufruct. quem. caueat. dict. §. sic itaque Instit. de action.* vtque ex hac causa locus sit æstimationi Quanti plurimi, cui extra hunc casum, & actionem legis Aquiliæ locus nullus esse vnquam potest: vt non obscurè innuit I.C. *in dict. l. 2. §. quæsitum De priuat. delict.* & nos alibi probauimus. Ex quo magis intelligimus quàm verum sit quod initio diximus Actionem rerum amotarum non esse condictionem, Cùm in actione Rerum amotarum si res amotæ non reddantur æstimari debeant quanti in litem vir iurauerit *dict. l. si cùm dos §. 1.* Si qua enim esset condictio in qua permittendum esset iurari in litem contra reum, qui nollet rem reddere, ea maximè esset condictio furtiua, qua non potest alia vlla esse fauorabilior ex parte actoris, nec odiosior ex parte illius qui conuenitur, maximè si fur ille sit. Et rursus cùm ex nullo contractu aut iudicio stricti iuris in litem iuretur extra casum *dict. l. in actionibus 5. §. planè De in lit. iur.* intelligimus actionem rerum amotarum in qua iurari ait Vlpianus si dominij iure deferatur, stricta non esse *dict. l. aliàs 6. eod. tit.* & consequenter cùm multò minùs bonæ fidei dici possit, arbitrariam omnino eam esse. Nam in arbitrariis similiter vt in bonæ fidei iudiciis licèt non in omnibus, in litem iuratur, *dict. l. in actionibus.* Quoties scilicet rem suam actor petit *dict. l. non enim, & l. si filiusfamilias 25. §. maritum D. solut. matrim.* Neque pugnat quod Tryphoninus scribit *in l. fen. De cond. furt.* Rerum amotarũ æstimationem ad tempus quo amotæ sunt referri debere, sed si pluris factæ non restituantur, crescere æstimationem vt in condictione furtiuæ rei. Sensus enim est Actionem quidem rerum amotarum similem esse actioni furti in eo quòd quemadmodum in illa, ita in hac referenda est æstimatio ad tempus quo furtum factum est: Eóque pertinet quod rationis loco subiungit ibidem Tryphoninus *nam veritate furtum fit, etsi ciuiliter non conceditur mulier.* Sed in eo

tamen

tamen dissimilem, quod non sicut in actione furti, ita & in actione Rerum amotarum iuratur in litem tanti rem fuisse *dict. l. cum furti.* Nempe quia in actione furti duplandum est, vel quadruplandum precium illud verum quod fuit precisè eo tempore quo furtum factum est *dict. l. in furti* 50. *D. de furt.* At in actione rerum amotarum non item præcisè inspicienda est ea æstimatio, quæ fuit eo tempore quo res amotæ sunt, sed crescit æstimatio si à tempore litis contestatæ in tempus vsque condemnationis res illæ pluris fiant, quemadmodum euenit in furtiuæ rei condictione, In qua diximus spectari quanti plurimi res furtiua vnquam fuerit dum ne egrediatur æstimatio retrorsum iudicij accipiendi tempus. Cæterùm non ea Tryphonini sententia est, vt in cæteris omnibus actio rerum amotarum similis sit condictioni furtiuæ, In eo præsertim vt in neutra iuretur in litem. Nam quemadmodum sunt dissimiles in eo, quòd in condictione furtiua omnimodo fur condemnatur & furis heres quanti plurimi vnquam res fuerit à die litis contestatæ vsque ad sententiam. Quia ex quo tempore contestata lis est ex stricta actione iam cœpit deberi pecunia, nec liberum est reo etiam rem ipsam præstando quæ petebatur euitare condemnationem, finísque dandi fuit quando iudicium accipiebatur, vt *in l. si T tius* 9. *De verborum obligat.* iunct. *l. si Calendis* 11. *D. de re iudic. l.* 2. *D. de vsur.* In actione autem rerum amotarum non aliter æstimanda lis est, quàm si post litem contestatam arbitrio reddito De amotis rebus restituendis non pareatur [id enim est quod Tryphoninus ait *sed si pluris facta non restituantur*] In eo quoque dissimiles illas esse fatendum est, quòd cùm in condictione furtiua numquam in litem iuretur extra eum casum quo res furtiua perierit ante litem contestatam, In actione tamen Rerum amotarum iuratur, non quidem, vt in actione furti, ad æstimandam rem quanti fuerit eo tempore quo furtum factum est, sed ad æstimandam cum ipsis rebus amotis contumaciam eius qui arbitrio parêre, ac res amotas restituere noluit si amotæ res vel propriæ mariti fuerunt vel etiam dotales, quarum scilicet non minùs quàm propriarum vindicationem habere maritus potest *l. ob res amotas* 24. *eodem tit. l. dote* 9. *Cod. de rei vindic.* Contumacia enim mulieris nolentis res quas amouit restituere arbitratu iudicis, digna est quæ per in litem iusiurandum actoris non minùs æstimetur quàm ipsæ res amotæ *l.* 1. *& dict. l. tutor* 8. *De in lit. iur.* Sed hoc vt diximus, ita demùm si ea actio iure dominij deferatur, quomodo semper condictio furtiua defertur *dict. l.* 1. *De cond. furt.* Nam si ab vno ex coniugibus aliæ res amotæ sint, quàm quæ alterius coniugis propriæ fuerunt, alia litis æstimatio facienda est, quàm per iusiurandum in litem, Cuius scilicet ratio cessat quoties ea res petitur quæ non est in dominio actoris, vt constat ex *dict. l. non enim dict. l. si filiusfamilias* 25. §. 1. *& dict. l. tutor.* Æstimabuntur ergo eo casu res amotæ, vt in furtiua condictione, quanti plurimi eæ fuerint à tempore litis contestatæ vsque ad condemnationem: Sed ita tamen vt possit æstimatio egredi retrorsum iudicij accipiendi tempus si pluris fuerint res amotæ tempore amotionis, Quod tamen in condictione furtiua numquam similiter potest contingere. Meritò igitur iudicium Rerum amotarum singulare appellatur à Paulo *in l.* 1. *rer. amot.* quia propriam quandam & specialem naturam habet, aliis iudiciis furti & condictionis furtiuæ, & vindicationis similem in multis, sed tamen in multis quoque dissimilem. Similis est actioni furti in eo, quòd nascitur ex delicto, & quòd æstimatio refertur ad id tempus quo res amotæ sunt, quemadmodum actio furti ad illud tempus quo furtum fa-

ctum fuit. Sed dissimilis in eo quòd non est famosa, & rei non pœnæ persecutionem continet, Rursum similis est condictioni furtiuæ in eo quòd non pœnam sed rem persequitur, & in vtraque crescit æstimatio litis si post litem contestatam crescat æstimatio rerum amotarum: Et condemnatur reus quanti plurimi fuerint res amotæ à die litis contestatæ si non propriæ actoris fuerunt, aut si fuerunt quidem, sed maluit actor consequi æstimationem Quanti plurimi quàm iurare. Mos enim ei gerendus est *l. quòd si possessor 71. D. de rei vindic.* At dissimilis est in eo quòd condictio non est, nec stricti iuris sed arbitraria, & in illa egreditur æstimatio retrorsum iudicij accipiendi tempus si pluris fuerint res amotæ tempore amotionis. Item quòd in ea lis æstimatur & crescit æstimatio, non omnimodo, sed vt in cæteris omnibus arbitrariis ita demum si arbitrio iudicis non pareatur, neque res amotæ restituantur. Cùm tamen in condictione furtiua omnimodo lis æstimetur vt in cæteris iudiciis strictis, Alioqui aucta rei furtiuæ æstimatione post litem contestatam, numquam condemnaretur reus ad æstimationem Quanti plurimi, qui semper mallet rem minoris factam reddere, quàm maiorem illam æstimationem præstare. Sed & ea litis æstimatio fit in actione rerum amotarum per iusiurandum in litem eo scilicet casu quo eius res sunt cui amotæ fuerunt, siue res extent condemnationis tempore, siue post litem quoque contestatam extare desierint, At in furtiua condictione numquam, nisi cùm res furtiua periit ante litem contestatam: quo casu nihil tractari potest de æstimatione quanti plurimi, quæ scilicet in actione illa numquam egreditur retrorsum litis contestatæ tempus. Vnde etiam fit vt rerum furtiuarum quæ per condictionem furtiuam petuntur æstimatio numquam referatur ad tempus furti, nec si pluris fuerint res furtiuæ eo tempore: quomodo refertur ad id tempus in hoc casu æstimatio rerum amotarum. Item quòd condictio furtiua datur soli domino, Actio rerum amotarum etiam non domino. Condictio furtiua cum alia condictione, numquam concurrit, non magis quàm vindicatio. At rerum amotarum actio concurrit *d. l. ob res amotas cum sequent.* Condictio furtiua datur in solidum contra heredem *l. in condictione 9. D. de cond. furt.* Rerum amotarum actio quoniam est arbitraria non nisi in id quòd peruenit *l. vltim Cod. rer. amot.* Denique similis est vindicationi in eo quòd vtraque ad rem persequendam datur, Vtraque est arbitraria, In vtrâque iuratur in litem, & æstimatur lis eo tantùm casu quo reus arbitrio parere noluerit: At dissimilis tamen in eo quod ex delicto nascitur, licèt ad rei non ad pœnæ persecutionem detur. Item quòd non semper domino datur, sed ei quoque qui amotarum rerum dominus non fuit, dummodò eius intersit ex iusta & honesta causa. Postremò quòd concurrit non tantùm cum vindicatione sed etiam cum condictione, alia tamen quàm furtiua *d. l. ob res amotas*, quod nulli alij conuenit actioni. Habet igitur multa singularia actio Rerum amotarum quæ omnia ex eo nascuntur, quod quamuis ea persona quæ coniugis res amouet furtum reuera faciat, ideóque res amotæ tanquam furtiuæ vsucapi non possint *dict. l. pen.* tamen in honorem matrimonij neque famosa actio vt furti, neque turpis vt condictio furtiua ex eo furto dari potest contra eam personam quæ vxor fuit *l. 2. eod. tit.*

ERROR.

ERROR NONVS.

De actione hypothecaria. Ad l. si fundus §. in vindicatione D. de pignor.

IN actione hypothecaria quam interpretes omnes fatentur esse arbitrariam ex Iustiniano *in §. prætereà Inst. de action.* apertiora sunt omnia quæ in superioribus tractauimus, circa directam & ciuilem rei vindicationem, quam proinde arbitrariam similiter esse qui negant, nescio quam diuersitatis rationem adferre aut comminisci possint. Scriptum est ex Marciano *in l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* In vindicatione pignoris quæri an rem de qua actum est possideat is, cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit quominùs possideat, absolui eum debere. Si verò possideat, & aut pecuniam soluat, aut rem restituat, æquè absoluendum esse. Si verò neutrum horum faciat, condemnatio, inquit, sequetur. Sed si velit restituere nec possit fortè quòd res abest, & longè est, vel in prouinciis, solet cautionibus res explicari. Nam si caueret se restituturum, absoluitur, Sin verò dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iurauerit, sicut in cæteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnatus esset quantum deberetur quid proderat in rem actio, Cùm & in personam agendo idem consequeretur? Hæc enim totius §. verba sunt, quæ licèt Triboniano magis, quàm Marciano adscribenda esse iampridem docuerim, habent tamen multa iuris rationi consentanea, Alia verò quædam aliena non minus à Tribonianea ipsa, quàm à vetere Iurisprudentia, vt facilius sit in eo Triboniani manum quàm scientiam aut prudentiam agnoscere. Illud primùm verum est in pignoris vindicatione, id est in hypothecaria quæri an rem de qua agitur possideat is qui conuenitur necne. Cùm enim sit actio in rem non minùs, quàm vindicatio dominij *l. pignoris 17. D. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* certum est perinde nasci eam ex præsenti possessione *l. non alias 24. §. sed si postulatur D. de iudic.* & consequenter contra quemcunque possessorem dari posse, contra alium verò quàm possessorem, numquam *l. cum notissimi 7. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Sed tamen fatendum est parùm aptè hoc expressum esse à Triboniano illis verbis *an rem de qua actū est possideat is cum quo actum est*, pro eo quod scribere debuerat in tempore præsenti *an rem de qua agitur possideat is cum quo agitur.* Vel enim tunc de eo quærēdum est cùm agitur, vel antequàm agatur, non autem cùm iam actum est *l. is q. i destinauit 24. l. qui petitorio 36. D. de rei vind.* ideóq; interrogatio plerunq; necessaria est *l. qui seruū 20. §. pen. & vlt. D. de interrog. in iur. fac.* Quamuis etiam is qui tempore litis cōtestatæ non possidebat, si postea cœperit possidere nō eo minùs condemnandus sit *l. sin autē 27. §. 1. D. de rei vind. l. quæsitū 30. in princ. D. de pecul.* Illud ergo etiā verū est, Si reus nec possideat, nec dolo fecerit quominùs possideret, absolui eū debere. Quod ita intelligendū est licèt actor probet eū fundū de quo agitur sibi esse obligatū. Etsi enim non aliter obtinere potest quàm si hoc probet, sicuti neq; is qui agit directa dominij vindicatione quàm si probet rē suā esse *l. officiū 9. l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vind.* Nō tamen statim atque hoc probauit obtinere debet, nisi etiam probet possessorem esse illum, qui conuenitur. Quamquam difficile videtur dicere, quomodo possit iudicium accipi vindicationis contra eum qui non possidet cùm in eo iudicio vt in cæteris omnibus in rem actionibus non tam persona quàm res conueniatur, quomodo loquitur Papinianus *in leg. denique 19. De iure fisc.* nec persona interueniat nisi vt rem

defendat, Quod vix eſt vt eueniat, quin reus vel poſſeſſor ſit, vel ſaltem mentiatur ſe poſſeſſorem: quo caſu nemo dubitat quin pro poſſeſſore damnandus ſit, tanquam qui ſe vltrò liti offerat, cùm negare poſſet ſe poſſidere, ſcilicet ſi actor ignorauit, aut contra alium acturus fuit, niſi ſe reus quaſi poſſeſſor liti obtuliſſet *l. is qui ſe obtulit 25. cum duabus ſequentib. & l. vltim. D. de rei vindic.* Sed tamen accidit aliquando, vt actor conueniat vltrò eum quem putat poſſidere qui tamen reuera non poſſideat, nec diſſimulet ſe non poſſidere, quia plerique negant ſe poſſidere vt effugiant iudicium actionis in rem, cùm tamen reuera poſſideat, Qui ſicuti cùm arguuntur de mendacio hactenus puniendi ſunt vt poſſeſſio quam habuerunt, & habere ſe nihilominus negauerunt, transferatur in actorem, velut in pœnam mendacij, *dict. l. vltim. D. de rei vindicat.* ita ſunt abſoluendi ſi non arguantur de mendacio, nec probentur poſſidere. Duo igitur probare actor debet vt obtineat in hypothecaria, Et rem obligatam eſſe, & eam poſſideri à reo qui conuenitur, Aut quod effectu idem eſt, ſe liti obtuliſſe illum vel dolo malo cùm ſciret ſe non poſſidere, idque vt deciperet actorem, vel citra dolum malum cùm putaret ſe poſſidere, ignorante tamen actore, vt *in l. ſi à te 9. §. 1. D. de except. rei iudic.* iunct. *dict. l. is qui ſe obtulit De rei vindicat.* Dolus enim pro poſſeſſione eſt non minùs cùm quis ſe mentitus eſt poſſeſſorem, quàm ſi dolo deſiiſſet poſſidere. Nec tantùm dolus, ſed etiam quod magis eſt factum eius qui ſe vltrò liti obtulit quaſi poſſeſſor etiam per imprudentiam, ſi modò actor eo facto fuerit deceptus *dict. l. is qui.* Quòd ſi reus poſſideat, non tamen omnimodo condemnandus eſt, ſed adhuc abſoluendus duobus caſibus. Vnus eſt ſi ſoluat debitam quantitatem pro qua pignus obligatum eſt, Alter eſt ſi rem obligatam reſtituat. Sic enim Marcianus ſupradicto loco. Quod tamen vereor, ne Triboniani quoque inſcitiam ſapiat. Nam cùm actio hypothecaria ſit arbitraria, neque ſui natura competere poſſit aduerſus poſſeſſorem pignoris ad hoc vt ſoluat, præſertim cùm non ſit ille obligatus, neceſſe eſt ſolutionem illam fieri ex ſola arbitrij quod in huiuſmodi actionibus interuenire debet, poteſtate. Quaſi iudex in hac datus actione arbitrari debeat, vt poſſeſſor aut ſoluat, aut rem obligatam reſtituat. Atqui non poteſt hoc dici, quoniam æquitas arbitrij non patitur, vt qui nihil debet iubeatur ſoluere, Nec magis ſub illa alternatione *aut reſtituere* quàm præciſè nulla reſtitutionis addita mentione. Nam neque debitorem ipſum vrget vnquam Prætor aut iudex ad ſolutionem antequàm condemnatus ſit, niſi in edicto De iureiurando, quod in hæc verba conceptum eſt, *Eum à quo iuſiurandum petetur, aut ſoluere, aut iurare cogam l. iuſiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor D. de iureiur. l. delata 9. Cod. de rebus credit. & iureiur.* Idque ſpeciali quadam ratione, vt qui ad iurandum præciſè cogi non poteſt, etiamſi nec velit ſoluere, cogatur ſaltem ad ſoluendum ſi neque iurare velit, neque iuſiurandum referre. Etſi enim ſolutio facti eſt *l. conſilio 7. §. vltim. D. de curat. furioſ. l. 1. Cod. de probat.* Dici autem ſolet neminem cogi præciſè ad factum quòd vix fieri id queat citra vim & impreſſionem *l. ſi quis ab alio 13. in fin. D. de re iudic.* Poteſt tamen quis faciliùs ad ſolutionem cogi captis pignoribus, per quorum venditionem ſolutio ipſa extorqueatur, quomodo tandem extorqueri ſolet in executione iudicati *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione & ſeqq. eodem tit.* Quod non ſimiliter aut æquipollenter fieri poteſt ſi quis reum adigere velit ad iurandum. Et ſanè præpoſterum eſt vt ſoluere quis iubeatur etiam per arbitrium antequàm ſit condemnatus,

tus, cùm iudiciorum omnium non initium aut medium, sed finis & exitus ille sit vt solui pecuniam oporteat, ob idque pecuniam semper in condemnationem deduci *l. 4. §. ait Prætor eodem titul.* Quid? An non in rei potestate est, & esse debet, vt soluat si id malit, ad euitandam condemnationem? Nam & illud est quod veteres dicere solebant si Triboniano credimus *in §. vltim. Institut. de perpet. & tempor. action.* Iudicia omnia esse absolutoria quòd absolui semper reus debeat si ante rem iudicatam soluerit, aut aliter satisfecerit actori, quamuis tempore litis contestatæ acceptique iudicij in ea causa fuerit vt damnari deberet. Fateor posse debitorem soluere id quod debet, neque cogendum esse pati, & expectare condemnationem, adeóque nec accipere iudicium si in ipsa contestatione & apud Prætorem soluere paratus sit *l. ex iudicatum 16. D. iudic. solui.* Sed dico, Solui eo casu iudicium quomodo & aliis plerisque casibus soluitur *l. iudicium soluitur 58. D. de iudic.* potiùs quàm absolui reum. Qua enim absolutione indiget ille qui iam satisfecit actori habétque ab eo iam fortassis apocham? Quis nescit solutione tolli obligationem omnem & consequenter actionem quæ ex obligatione nascebatur? Atqui sine actione non magis sequi potest absolutio, quàm condemnatio. Quid enim aliud est absolui, quàm ab actione proposita liberari? Ergo vbi actio nulla est, nec absolutio sequi vlla potest: Et cùm absolutionem necessariam esse dicimus, actionem tenere significamus. Absolutio namque ex iure illius qui absoluitur æstimanda est, non autem ex non iure actoris: Ideóque si nullo iure actor agat, non absoluendus est reus, sed actor summouendus. Quò respiciens Paulus *in l. Paulus respondit 12. §. 1. D. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* eleganter ait, Eos qui pignoris iure rem persequuntur, à rei vindicatione remoueri solere, si qualiscunque possessor offerre velit: Et rationem adfert quia non debeat quæri de iure possessoris, cùm ius petitoris remoueatur soluto pignore. Quibus verbis an non significat apertissimè, nullam hoc casu vel necessariam vel vtilem esse absolutionem? Adde, quòd per solutionem illam factam à tertio possessore qui conuenitur hypothecaria, liberatur quidem pignus, sed non liberatur debitor. Pignus ipsum liberatur & inhibetur hypothecaria, quia suas condiciones habet hæc actio, si pecunia soluta, vel aliter eo nomine satisfactum non erit *l. si rem 9. §. omnis pecunia D. de pign. act. l. grege 13. §. etiam D. de pignor.* Satisfactum autem est creditori quoties soluta ei fuit pecunia, licèt ab alio quàm à vero debitore. Quid enim aliud petere poterat, nisi solutionem? Et tamen non liberatur debitor, quia non ipsius nomine soluit possessor, sed vt pignus liberet *l. si quid possessor 31. D. de hered. petit. l. Papinianus 28. D. mandat.* Qua de causa perinde saluam habet ipso iure suā actionem creditor contra debitorem acsi solutio nulla facta esset, quamuis doli mali exceptione sit repellendus qui bis idem velit consequi *l. sicut 8. §. vltim. D. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* iunct. *l. si quis dolo 51. in fin. D. de re iudic.* Inde igitur fieri dico, vt iudicis arbitrium in actione hypothecaria numquam tale esse debeat, vt tertius possessor iubeatur soluere id quod neque ipse debeat, neque pro debitore solutum liberationem vllam debitori possit acquirere. Ergo defendi ex vera iurisprudentia non potest quod legimus *in dict. §. in vindicatione*, Si is qui hypothecaria conuenitur rem possideat, esse illum æquè absoluendum si aut pecuniam soluat, aut rem ipsam restituat, quasi eiusdem arbitrij æquitate & potestate alterutrum necessariò facere debeat ad consequendam absolutionem. Sequitur *si verò neutrum horum faciat, condemnatio sequetur.* Hoc verò

rectè. Nam quemadmodum condemnatio duobus casibus impediri potest, Si aut actor summouendus sit, aut reus absoluendus, Ita fieri nequit vt non sequatur ex competenti actione, si neque actorem summoueri oporteat, neque reum absolui æquum sit: soluat ergo reus vt actorem summoueat *dict. l. Paulus §. 1.* aut rem restituat arbitratu iudicis, vt absoluatur. Alioqui condemnatio necessariò sequetur. Sed quænam condemnatio? An illa quam putant Doctores & pragmatici duce Bartolo, Vt possessor rem restituat, eáque iure pignoris à creditore retineatur? Minimè verò. Nam neque in hypothecaria, neque in directa dominij vindicatione condemnatio vnquam fit ad restitutionem quæ facti est, vt toties monuimus. Sed lis æstimanda est, & facienda condemnatio in pecuniam. Et quidem longè aliter aduersus ipsum debitorem, Aliter verò aduersus quemuis possessorem. Nam aduersus possessorem non pluris quàm quantum debet, quia non pluris interest. Aduersus cæteros verò possessores etiam pluris, & quod amplius debito consecutus fuerit creditor restituere debebit debitori pigneratitia actione, vt idem Vlpianus explicat *in l. si inter 21. §. vltim eod. tit.* Subiicitur *in dict. §. vindicatione sed si velit restituere nec possit, fortè quòd res abest & longè est, vel in prouinciis* [vide quæso elegantiam Triboniani sic loquentis pro eo quod scribere debuit, *forte quòd res longè absit velut in prouincia*, nec enim vna & eadem res eodem tempore in pluribus prouinciis esse potest] *solet cautionibus res explicari: nam si caueret se restituturum absoluitur.* Hoc quoque rectè, Nisi quòd pro *caueret* Vlpianus scripsisset potiùs *cauerit*. Ideò autem absoluitur hoc casu reus quia licèt rem ipsam non restituerit arbitratu iudicis, nihil tamen est quod ei possit imputari. Idémque ob eandem causam seruatur in directa rei vindicatione *l. si à bonæ fidei 21. l. à quo 58. in fin. D. de rei vindicat.* & in actione Quod metus causa *l. item si cùm 14. §. quatenus D. quod met. caus.* itémque in omnibus aliis arbitrariis ex quibus arbitratu iudicis restitui rem oportet. Superest membrum postremum distinctionis Triboniane conceptum in hæc verba *sin verò dolo quidem desierit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur quanti actor in litem iurauerit.* Nam si vera est hæc sententia quid attinebat addere verba illa *summa autem ope nisus* cùm non possit grauior condemnatio irrogari ei qui dolo malo desiit possidere, nec si nullam restituendæ rei voluntatem præseferret, quàm vt condemnetur quanti actor in litem iurauerit: quæ grauissima pœna est eius qui vel restituere iussus, arbitrio iudicis parère noluit, vel dolo malo desiit possidere ob hoc ipsum vt arbitrio parendi viam sibi præcluderet *l. qui restituere 68. D. de rei vindicat. l. vltim. D. de fideiuss.* Aut quid prodesse debet ei qui dolo malo desiit possidere rem obligatam, ne illam restituere iubeatur, quòd summa ope nisus sit eam recuperare, vt posset restituere, cùm dolus malus ipsius pro possessione sit ex vulgari iuris regula, Sibíque debeat imputare, qui se dolo suo malo in eas coniecit angustias vt rem hodie restituere, licèt maximè velit, tamen non possit. Frustrà igitur adeóque ineptè addita sunt à Triboniano verba illa *summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere.* Sed quod subiicitur condemnari hoc casu debere possessorem quanti actor in litem iurauerit, multò ineptius est, & ad inscitiam manúmque Triboniani detegendam accommodatius, Vt non solùm ex iis apparet quæ scripsimus *lib. 16. Coniect. cap. 15.* vbi probauimus, Numquam in hypothecaria iurari in litem & explicauimus sigillatim verba *d. §. in vindicatione*, minùs tamen accuratè quàm à nobis hoc loco factum sit. Sed constabit etiam manifestiùs ex illis quæ sequenti capite scribemus.

ERROR

ERROR DECIMVS.

De differentiis actionis hypothecariæ & vindicationis dominij circa condemnationem & litis æstimationem.

DVo præcipuè sunt *in dict. §. in vindicatione l. si fundus 16. D. de pignor.* quæ numquam potui concoquere. Primum illud quòd vult in actione hypothecaria iurari in litem. Contra quàm ab eodem Vlpiano scriptum sit *in l. si inter 21. §. vltim. eod. tit.* & aduersus meram verá nque rationem iuris, De quo quia fusissimè scripsimus *lib. 16. Coniect. cap. 15.* plura hîc non dicemus. Alterum est quòd meliorem facit condicionem possessoris qui cùm rem obligatam præsentem habeat, eiúsque restituendæ facultatem, recusat tamen parêre arbitrio iudicis, Quàm eius qui nec iuberi posset aut cogi restituere, dolo malo desiit possidere. Nam hunc si neque pecuniam soluat, neque rem restituat, lex simpliciter ait condemnandum esse, illis verbis *condemnatio sequetur* nulla iurisiurandi in litem facta mentione. Illum verò qui non possit restituere etiamsi maximè velit, ob id solùm quod anteà dolo malo desierit possidere, condemnandum esse quanti actor in litem iurauerit. Et tamen nemo non videt, cùm iurisiurandi in litem deferendi, præcipua ratio proficiscatur ex contumacia eius qui arbitrio parêre, & rem restituere nolit *l. 1. & l. tutor 8. D. de in lit. iur. l. vltim. D. de fideiuss.* longè maiorem esse contumaciam illius, qui cùm rem præsentem habeat, eiúsque restituendæ paratam facultatem, non vult tamē restituere, quàm illius qui licèt dolo malo desierit possidere, ob idque pro adhuc possessore habendus sit, restituere tamen hodie non potest etiamsi maximè velit, dolúmque suum pœnitentia purgare. Qualis ille est de quo *in dict. §. in vindicatione*, Quem textus ponit summa ope nisum esse vt restitueret, nec restituere tamen amplius posse. Fateor non debere hunc melioris esse condicionis ob id quòd nequeat rē obligatam restituere, cùm per eū factum sit ne possit. Sed quis ferat esse durioris ob præteritum dolum, quàm si præsens dolus esset? An nō grauiorem pœnā esse iustum est præsentis contumaciæ quàm præteritæ? Et ideò videas aliquādo prudentes nostros monere Præteritum dolum venire in actionem, in quam venire dolum præsentem adeò certum esset, vt nulla in eam rē opus esset admonitione. Vt de hereditatis petitione scribit Vlp. *in l. sed et si 25. §. quod ait Senatus D. de hered. petit.* Nec sanè video quid ad hanc obiectionem responderi possit: Nisi illud fortasse quod respexit Tribonianus ad ius nouum ab eodē Triboniano inductum *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* vbi sub eiusdem Vlpiani nomine generaliter constituit nō solùm in actionibus in rem omnibus in quarū numero est hypothecaria sed etiā in cæteris arbitrariis adeóq; in omnibus interdictis ex quibus arbitratu iudicis restitutionem fieri oportet, si is qui restituere iussus est iudici non pareat, manu militari auferendā esse possessionem & transferendam in actorem, Vt proinde nulla sit necessitas iurandi hoc casu in litē sed tunc tātùm cùm reus dolo malo desiit possidere, quòd eo casu authoritas manus militaris adhiberi & implorari nulla possit. Sed ne interpretatio hęc capi queat, illud facit quòd si actionē hypothecariam vindicationi ciuili hac parte æquiparemus, cōsequēs erit dicere nullā in hypothecaria cōdēnationē sequi debere cōtra reū, quāuis nec soluere velit, nec rē obligatam restituere. Apertè enim scriptum

est *in dict. l. qui restituere*, Cùm is qui restituere iussus est, iudici non paret, fructuum duntaxat nomine condemnationem fieri oportere, nempe quòd ratione ipsius rei quæ petitur, nullus condemnationi faciendæ locus relinquatur, quandoquidem eius rei possessio manu militari auffertur possessori, & transfertur in petitorem: quod cùm fit, nihil iam superest quod adiudicandum sit actori si excipias fructus, in quos non cadit nouum illud & à Triboniano excogitatum manus militaris remedium. Atqui disertè ait textus *dict. §. in vindicatione*, si reus hypothecaria conuentus neque soluat, neque restituat condemnationem sequi debere. Ac ne dubitare possis quin de ipsa re obligata id intelligendum sit, non de fructibus, subiungitur statim *in dict. §. interdum*, Interdum de fructibus quoque arbitrari iudicem debere, vt ex quo lis instituta sit, ex eo tempore etiam in fructus condemnet. Quid enim si minoris sit prædium, inquit, quàm debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil pronunciare potest, nisi extent, & res non sufficit. Hæc enim illius §. verba sunt, nō minus quidem insulsa quàm præcedentia, ideóque nec minùs Triboniano adscribenda vt mox docebimus, sed quæ tamen probant euidentissimè id quod scriptum est in præcedentibus de condemnatione irroganda possessori, non ad fructuum, sed ad ipsius rei obligatæ de qua principaliter agitur in hypothecaria restitutionem omnino pertinere. In quo tantò magis Triboniani manum cognosco & inconstantiam, qui vt mendaces solent, immemor eius sententiæ quam sub Vlpiani nomine generalem proposuerat *in dict. l. qui restituere*. aliud proculdubio iuris constituit in hypothecaria, quàm quod voluerat generaliter constitutum in omnibus arbitrariis, Maximè verò in actionibus in rem, quarum tamen similitudine & comparatione sola mouetur vt in hac quoque actione contra omnes iuris regulas iurari velit in litem. Itaque dissentit Tribonianus non tantùm à vetere iurisprudentia, quod minùs esset mirandum, sed etiam à seipso: Ab illa quidem in eo, quòd non vult fieri condemnationem in id quod interest actoris, secundum tamen eam distinctionem quæ ponitur *in d. l. si inter* 21. *§. 1. eod. tit.* Sed vult iurari in litem, Nec id tamen eo casu quo possessor pignoris facultatem præsentem habeat restituendi statim, nec velit quamuis iussus restituere. At eo duntaxat casu quo is dolo malo desierit rem obligatam possidere, quod est ridiculum, vt probauimus: A seipso autem in eo, quòd possessore non restituente rem obligatam cuius restituendæ potestatem haberet si vellet, non in auxilium aduocat manum militarem per quam cogat eum parere arbitrio iudicis vt *in d. l. qui restituere*, sed vult sequi condemnationem, cui tamen quæcunque tandem illa sit locus nullus relinqueretur si manus militaris admitti posset: Siue condẽnationem eam velis intelligere, quæ simpliciter fiat in id quod interest, siue illam quæ fiat per iusiurandum in litem. Neutri enim locum esse quoties manus militaris admouenda est intelligimus *ex d. l. qui restituere* vbi cùm tres ponantur species, Prima quando reus arbitrio parêre potest nec vult, Secunda cùm dolo malo desinendo possidere fecit ne arbitrio etiã parêre posset, Tertia cùm nihil dolo malo fecit, nec tamen restituendi facultatem habet. In secunda quidem vult condemnari reum quanti actor in litem sine vlla taxatiõe & in infinitum iurauerit, In tertia verò quanti ille reuera interesse sua aliter quàm per iusiurandum probauerit. Sed in prima negat vllam condemnationem irrogandam esse reo nisi pro fructibus. Satis enim actori esse debere quòd manu militari auferatur possessio reo & in actorem ipsum transferatur. Parum itaque laborare debemus in ratione inuestiganda eius sententiæ quam Triboniano imprudenti

prudēti neque ad id quod agebat satis attendenti excidisse videmus cōtra quàm & à prudentibus responsum esset,& ab ipso constitutum. Maximè verò cùm rationes quas adfert in sequentibus adeò futiles, pueriles, & ineptæ sint, vt nihil aliud ex iis inferre possis, nisi id egisse Tribonianum vt cum ratione insanire ac desipere quodammodo videretur. Quænam enim obsecro illa ratio est, propter quam iurari in litem debeat in hypothecaria, quòd in cæteris quoque in rem actionibus in litem iuretur? Quasi verò hypothecaria nihil distet à cæteris in rem actionibus ob id quòd ipsa quoque in rem sit: Nihilque intersit an iure domini quis agat in rem an iure pignoratitij creditoris. Quod si ita est, Non ergo maior fiet iniuria ei qui re sua carere, eámque propter aduersarij contumaciam inuitus vendere cogitur, quàm creditori nihil nisi debitam sibi pecuniam prætendenti. Quænam rursus illa ratio est quæ sequitur illis verbis *nam si tanti condemnatus esset quantum deberetur quid proderat in rem actio, cum & in personam agendo idem consequeretur.* An verò inutilis erit hypothecaria nec vllum habebit commodum & effectum supra personalem actionem, si non in ea iuretur in litem? An fortè dicendum erit perinde competere personalem atque hypothecariam aduersus tertium possessorem? Quòd si non competit, quomodo non competere illam certum est, An non magnus hypothecariæ effectus in eo est, quod per hypothecariam cogitur possessor, qui nihil debet, id ipsum soluere quod ab alio debetur? Nec tantùm id quod debetur, sed longè ampliùs, si pluris res sit quàm debeatur, *dict. l. si inter §. 1.* Sed & cùm aduersus debitorem ipsum hypothecaria exercetur, licèt non pluris æstimanda lis sit, quàm quantum debetur *dict. §. 1.* nemo tamen negauerit hypothecariam adhuc vtiliorem esse quàm actionem personalem, quatenus dici solet, & verum est plus cautionis esse in rem quàm in personam, *vulg. l. plus cautionis 25. De regul. iur.* Quamquam dubitationem hac parte non paruam illud facere videtur, quòd post litem in actione hypothecaria æstimatam, quæ æstimatio numquam nisi pecuniaria esse potest, non maior creditoris vtilitas esse videatur, quàm si de hypotheca nihil pronunciatum esset, cùm iudicati exequendi ad habendam pecuniam ratio alia nulla sit, quàm vt pignora capiantur, & distrahantur: Quod peræque fieret etiamsi nulla conuentionalis hypotheca contracta proponeretur *leg. à Diuo Pio 15. §. in venditione & pass. l. debitoribus 31. De re iudic.* Eòque pertinere videtur quæstio proposita *in d. l. si fundus §. creditor.* Quemadmodum possit creditor habere hypothecam sibi adiudicatam per sententiam. Nam dominium eius vtique vindicare non potest. Quid ergo aliud facere creditor possit, nisi vt agat hypothecaria iterum & si à possessore obiiciatur exceptio rei iudicatæ, replicet ille *si secundum me iudicatum non est.* Atque ita concluditur *in dict. §. creditor.* Sed parum subtiliter nisi me fallo. Ita enim dabitur progressus in infinitum si postquàm creditor egit hypothecaria & obtinuit, rursum eandem actionem proponere cogatur. Eadem enim quæstio recurret, vbi rursum obtinuerit. Nec enim secunda victoria plus ei iuris tribuet quàm prima si perstet possessor in sua cōtumacia, nec velit aut soluere aut rem restituere. Sempérque eò decurrendum erit vt & condemnationem in pecunia fieri, & ad explicandam pecuniam pignora capi distrahíque oporteat, Nisi dicas iterum agendum hypothecaria: quo admisso eueniet haud dubiè absurdum illud quod prædixi vt progressus detur in infinitum, quo absurdius nihil dici aut in philosophia, aut in Iurisprudentia potest. Melius igitur est dicere sic prospiciendum esse creditori, qui obtinuit in hypothecaria, id est cui obligatam rem esse pronunciatum est & cui cōdēnatus

possessor fuit præstare litis æstimationẽ, nõ vt hypothecã vindicet siue dominij siue pignoris iure quorũ neutrũ facere potest. Sed vt in executione iudicati illa ipsa hypotheca distrahatur, nec alia pignora, vt aliàs fieri solet, capiãtur vt distrahãtur. Quid enim opus est pignus iudiciale cõstituere ad exequẽdã sentẽtiam, cùm habemus cõuẽtionale? Nã & cõuẽtionale semper commodius est, cùm de pignoribus quæ in iudicati executione capiũtur, plerũque occurrãt variæ quæstiones & cõtrouersiæ aut de proprietate, aut de iure anterioris alicuius pignoris, propter quas dimitti oporteat pignus quod captum est, & aliud capi quod fit absq; cõtrouersia *d.l.à Diuo Pio §.si rerum & seq.D.de re iudic.* quod in pignore cõuẽtionali de quo iã cognitum & pronũciatũ est, euenire nõ similiter potest. Nõ dico *quod iam adiudicatum sit* quomodo hypothecã adiudicatã ponit Tribonianus *in d.§.creditor.* Inauditum enim est apud prudentes nostros si locũ hunc excipias vt de pignoris vel hypothecę adiudicatione loquãtur, sed tãtùm de addictione vt *in d.l.à Diuo Pio §.si pignora & §.si post addictum & seq.l vltim.C.si in caus.iudic.pign.capt.sit.l.1.C.de iur.domin.impetr.* Aut de dominij impetratione vt *in d.l.1.& vlt.eod.* Nec ad hũc tractatũ pertinet adiudicationis nomẽ, sed tãtùm ad actiones finiũ regũdorũ familiæ erciscũdæ, & Cõmuni diuidũdo in quibus mutuas adiudicationes fieri plerumq; necesse est, & ex iis adiudicationibus dominiũ transferri ex authoritate legis duodecim tabularũ, quæ hoc ipsum induxit, vt adiudicatio propter has causas esset vnus ex modis sex acquirẽdi dominij iure Quiritiũ *§.vlt.Inst.de offic.iudic.* & apud Vlp. *in fragment.Tit.19. De acquisit.rer.* Vt proinde fatẽdum sit, Si quo casu adiudicatio hypothecæ facta esset, futurũ vt vindicari ea posset cùm vindicatio competat ei qui dominus est iure Quiritiũ & ciuili *l.in rem 23.D.de rei vind.* Cõtrà quàm tamen scriptũ sit *in d.§.creditor*, vbi manũ Triboniani agnoscere tantò facilius est, qui per magnã inscitiam dixit adiudicatam esse hypothecam pro eo quòd dicere debuit, Pronũciatũ fuisse pro creditore Rẽ de qua quæritur esse illi obligatã, quæ iuris hypothecæ declaratio tantùm, nõ etiã rei obligatæ adiudicatio est. Quod ab interpretibus nostris obseruatũ nõ esse miror, quibus sollenne est dicere, Per sentẽtiã acquiri dominiũ, Si quo enim casu acquiri posset, maximè acquireretur per eã sentẽtiam quæ rei cõtrouersæ adiudicationem cõtineret, Et tamen negat id apertè Tribonianus cùm ait creditorẽ nõ posse vindicare dominiũ hypothecæ, etiam quæ fuerit ei adiudicata. Nec apertior vllus iuris locus cõtra interpretũ errorẽ adduci posset, si esset ille Vlpiani nõ Triboniani. Sufficit aũt nobis quod Iustinianus scribit *in d.§.vlt.Inst.de offic.iudic.* Speciale esse in tribus illis iudiciis Finiũ regũdorũ, Familiæ erciscũdæ & Communi diuidũdo vt quod in illis alicui adiudicatũ fuerit, id statim eius fiat cui adiudicatũ est, vt intelligamus in cæteris iudiciis aliud esse. Nam nec in vindicatione dominij res adiudicatur, vt satis imperitè plerique putãt, sed declaratur esse petitoris *l.& ex diuerso 35.§.1.D.de rei vindic.l.Pomponius 40.§.sed & is qui D.de procurat.* Cæterùm ex illo ipso §. creditor apparet euidẽtissimè nullũ in actione hypothecaria manui militari locũ esse posse, Si quis enim esse posset, nihil attineret quærere, quomodo hypothecam sibi adiudicatã habere posset creditor. Haberet nãq; facillimè, adhibita sc. manu militari. Nec rursus remedij loco dicẽdũ esset dãdã iterũ creditori hypothecariã cũ replicatione aduersus exceptionẽ rei iudicatæ. Esset enim multò expeditius transferri in eũ possessionẽ manu militari vt possessor ipse factus pignoris distrahẽdi eius facultatẽ haberet, si diutiùs incũbere pignori nollet. Ex quo intelligimus quænã differentiæ sint hodie & iã olim fuerint inter vindicationem

tionem dominij siue ciuilem & directam, siue Prætoriam, id est Publicianam, & hypothecariam. In vtraque dominij vindicatione olim iurabatur in litem, & lis æstimabatur quanti actor in litem iurasset siue restituendæ rei facultatem actor haberet post arbitriũ, siue dolo malo desiisset habere. At in hypothecaria nullo casu iurabatur in litem quãuis perinde & in rem actio esset, & arbitraria, sed lis æstimabatur quanti creditoris interesset. Quæ res faciebat vt aliter æstimanda esset contra debitorem ipsum, aliter verò contra tertium possessorẽ, quòd vno casu pluris intersit creditoris quàm altero. Sed hodie in rei vindicatione siue directa siue vtili non iuratur in litem si possessor restituendæ rei facultatẽ habeat, quia manu militari transfertur possessio in victorem. Iuratur tamen si possessor dolo malo desierit possidere ne posset restituere *d.l. qui restituere*. In hypothecaria aũt nec manus militaris adhibetur, nec per iusiurandum lis æstimatur nisi eo solo casu quo possessor dolo malo desierit possidere *d. §. in vindicatione & d. §. creditor*. Sed & differunt in fructibus. Nam in rei vindicatione veniũt fructus qui post litem contestatam percepti sunt, vsque adeò vt etiamsi per errorẽ pronunciatum sit actoris rem esse quæ erat aliena, debeat iudex eodẽ errore de fructibus quoque reum condemnarẽ *d. l. & ex diuerso §. 1*. In hypothecaria verò veniunt fructus, nisi certis casibus de quibus *in d. l. si fundus §. interdum*. Qui tamen locus Triboniani quoque est vt ex sequentibus apparebit.

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR. DECAS XCIII.

ERROR I.

De fructibus in hypothecaria actione adiudicandis.

PERTINET hic tractatus ad ea quæ proximo superioris Decadis capite scripsimus De actione hypothecaria & de condemnatione quam in ea facere iudex debet etiã circa fructus, aliter quàm faciẽda sit in directa rei vindicatione. In illa enim vsq; adeò debet iudex victũ reũ in fructibus cõdemnare, vt quamuis per errorem pronunciauerit petitoris esse fundum qui reuera sit alienus, eodem tamen errore de fructibus quoque ipsum condemnare debeat. Quo enim iure fructus retinere possit is qui de proprietate victus est? vt ex Marciano Paul. disputat *in l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic.* Itẽ quod magis mirũ est, vt

quamuis nulla possit de re ipsa fieri condemnatio, scilicet eo casu quo possessor arbitrio iudicis restituere iussus, si parere noluerit, coactus sit manu militari facere restitutionem. Fructuum tamen nomine condemnationē sequi oporteat, vt scriptum est *in l. qui restituere 63. eod. tit.* At in actione hypothecaria, regulare est, vt nihil omnino de fructibus pronunciari debeat, vt ex eo apparet quod ait *l. si fundus 16. §. interdum D. de pignor.* Interdū de fructibus quoque arbitrari debere iudicem in actione hypothecaria vt ex quo lis inchoata est ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quod enim fieri interdū dicimus, regulariter contrà fieri solere significamus. Nec sanè difficile est rationē reddere cur fructuum condemnatio nulla fiat in actione hypothecaria, ne quidem eorū qui percepti sint post litem contestatam. Etenim quod dici solet ac verissimum est, Ex litis contestatione perpetuò induci malam fidem, vt proinde fructus omnes percepti post litis contestationem, nō nisi mala fide percepti dici possint *l. sed et si 25. §. si antè D. de hered. pet.* id tamē alienum est à tractatu actionis hypothecariæ, quæ cùm non alij cōpetat quàm creditori pignoratitio, qui semper scit rē alienā se possidere *l. pignori 13. D. de vsucap.* distinctionem hanc bonæ fidei & malæ fidei possessoris nō admittit. Siquidē bonæ fidei possessor nō alius est, quàm qui rē alienam detinet non tantùm bona fide, sed etiam opinione domini, quiq; idcirco saltē quod ad fructus attinet, penè loco domini esse intelligatur *l. bona fidei 48. D. de acq. rer. domin.* cùm bona fides tantundē possidēti præstet quantùm veritas vbi lex nō est impedimēto *l. bona fides 136. de reg. iur.* Malæ autē fidei possessor ille est nō quisquis scit rē esse alienam, licèt hoc quoq; requiratur, sed is maximè qui nullā se iustā habere scit causam possidendi *l. & generaliter 28. D. de noxal. act.* Atqui creditor qui pignus accepit, neque putat se esse dominum, cùm sciat rē esse alienā *d. l. pignori,* neque possidet animo domini cùm id facere non possit quin possessionem debitoris interuertat, quod ipsum citra furtū fieri non pōt, *l. si pignore 54. & seq. D. de furt.* Vnde est quod possidet ad cæteras quidē omnes causas sed nō quòd ad vsucapionē *l. serui nomine 16. D. de vsuca.* Et tamē malę fidei possessor non est cùm possessio ipsius sit iusta, non minùs quàm quæ est precaria *l. quacūque 13. §. 1. D. de Public. in rē act.* Imò tātò iustior quòd qui precariò possidet nō tā possessor est quàm in possessione *l. certè 6. §. is qui rogauit D. de prec. l. si quis ante 10. §. 1. D. de acq. poss.* Nec pergit precaria possessio vsque ad iudicij vigorē, vt loquitur Vlp. *in l. cōmuni 7. §. inter prædones D. cōmu. diui.* Creditor aūt qui pignus habet couētionale verè possidet præterquàm ad causam vsucapionis, vt dictū est ex *d. l. serui,* ideóq; habet omnia interdicta, Maximè verò interdictū Vti possidetis, quod nō habēt cæteri creditores qui in possessione tātùm sunt custodiæ causa *l. officiū 9. D. de rei vind. l. 3. §. vlt. D. vti possid.* Cùm igitur superueniēs litis cōtestatio nō possit malæ fidei possessorē facere creditorē, qui bonæ fidei possessor nūquā fuit, quid refert quærere de fructib. aut distinguere an percepti sint ante litē cōtestatā, an post? Sed & superuacua est quæstio illa, Vtrū creditori agēti hypothecaria restituēdi sint fructus percepti à possessore fundi obligati, Cùm etsi à creditore ipso percepti essent, imputari tamē ei deberēt in sortē ad eius diminutionē *l. 1. l. 2. & pass. C. de pign. act.* Inde nāq; fit vt nihil interesse creditoris videatur an veniāt fructus in cōdēnationē, necne, nisi hactenus quatenus eius interest vt pecuniæ sibi debitæ solutionē consequatur. Qui sensus planè alienus est à quæstione nostra quæ est de fructib. nō in solutū, sed accessionis vice præstādis & qui lucro debeāt cedere victoris nō in solutionis causam proficere. Itaq; cùm fructus etiā post litem cōtestatam percepti non

veniunt

veniant in hypothecariam, ratio vt dixi in obscuro posita non est. Sed difficilius illud est intelligere, quam rationem habeat, quod *in d. §. interdũ*, scriptũ est, De fructib. quoque interdum arbitrari iudicem debere in hypothecaria, ex quo lis inchoata & cõtestata est. Etsi quisnã ille casus sit, idẽ textus explicat cũ subiicit, *Quid. n. si minoris sit prædium, quàm debetur?* Quib. verbis significat, Eo solo casu quo prædium obligatum sit minoris ęstimationis, quàm sit ea quantitas quę debetur, officiũ iudicis in actione hypothecaria tale esse debere, vt cõdẽnet possessorẽ etiã in fructus. Quasi hoc casu cesset ratio illa, quæ alioqui facere debeat, vt nulla in eo actionis genere fructuũ ratio habeatur. Nam cùm hypothecaria, siue contra debitorem ipsum, siue contra tertium pignoris possessorẽ exerceatur, nõ ad aliud detur, quàm ad id quod interest creditoris, si res arbitrio iudicis nõ restituatur, quãuis vno casu pluris æstimetur lis, quàm altero *l. si inter 21. §. vlt. eod. tit. D. de pig.* fatendum sanè est nihil interesse creditoris, vt fructus in restitutionẽ veniant quoties prædium pignori obligatũ eius precij est, vt sufficere possit toti debito exsoluendo. Quid enim refert an ex precio ipsius prędij, an ex fructib. creditor suum consequatur? Cùm etsi fructus ei adiudicati essent, non ideò tamen fieret locupletior qui eosdem fructus in sortem sibi imputare cogeretur, vt diximus. At interest sanè cùm plus est in debito, quã in rei obligatæ æstimatione, quia futurum sit, vt iacturã pro parte debiti sentiat, si quod pignoris precio deest ad totius debiti solutionem, ex fructibus non suppleatur, iis saltem qui percepti sint post litem contestatam, Vixque alia certè ratio supradictæ exceptionis afferri meo iudicio potest. Videamus tamen ne nõ sit satis bona & probabilis: nã tametsi ponas minus esse in precio pignoris quàm in debito, an non potest consuli aliunde indemnitati actoris in executione iudicati, captis, vt fieri solet pignoribus? Nisi forte ponas alia nulla esse bona, nisi illud ipsum prædium quod fuit obligatum. Quo tamen casu quid vetat ipsos etiam fructus post litem contestatam perceptos capi pignori si extant, quid prodest condemnare possessorem ad restitutionem fructuum, quos præ inopia restituere numquam possit? Verum enim est quod iactari solet, Qui nihil habeat quod perdat aut soluat, eius periculo nihil esse *l. itaque 12. in princip. D. de furt.* Tum verò etiamsi res eò recideret, vt debiti iacturam ex parte faceret creditor, ob id quòd pignoris æstimatio impar esset quantitati debitæ, An non imputare sibi deberet ille, quòd minoris æstimationis prædium pignori accepisset? Cùm enim pignorum vsus non ad aliud comparatus sit, quàm vt creditori cautum esse possit [alterutro enim modo cauendum est, aut pignoribus datis, aut fideiussoribus *l. si mandatu 59. §. vltim. D. mandat. l. 4. § addiet 8. D. de fideicom. libert.*] sollenne est benè consultis creditoribus ea pignora accipere quæ superent debiti quantitatem, Vt si fortassis vsurarum accessione debitum augeatur, eo quoque nomine satis cautum inueniatur. Quid ergo absurdi est, in damno aliquo morari creditorem ex ea causa, quòd minoris sit pignus, quàm ea quantitas quæ debetur? Aut quis ferat violari ob eam rem iuris regulas, & actionem hypothecariam, contra suam naturam extendi ad fructus, qui tamen ipsi minimè sunt obligati? Nemo siquidem dixerit fructus pignoris ideò censeri debere pignoratos, quòd ex re pignorata percepti sint, sicut neque pecunia quæ redacta est ex rei pignoratæ venditione pignorata intelligitur, neque res empta ex pecunia pignorata *l. idémque 7. §. vltim. D. qui potior in pignor. habend.* Quod enim fructus dicuntur percipi iure soli non iure seminis *l. qui scit 25. §. 1. de vsur.* efficit quidem vt fructus etiam qui à creditore percepti sunt ad debitorem tamen potiùs

quàm ad creditorem pertineant, at non etiam vt pignoris vinculo perinde teneri debeant, nisi de fructibus quoque, aut quod amplius est, etiam de futuris bonis pignori obligandis conuenerit, vt *in l. 1. §. cùm prædium D. de pignor.* Quare nec ad creditorem pertinerent, nisi eos creditori acquireret ratio illa, quòd à creditore percipiuntur ex debitoris eiusdémque dominij voluntate. Quomodo de fundi locati fructibus à conductore perceptis ratiocinatur Africanus *in l. si seruus 61. §. locaui D. de furt.* Et idcirco nimirum cogitur creditor eos quos percepit imputare in solutum *dict. leg. 1. & 2. C. de pignor. action.* quia scilicet eos suos facit, quos si non faceret, vtique nec sibi ex iis soluere posset, cùm rem quæ in solutum accepta est, necesse sit factã esse accipientis. *l. si alieni 78. & seq. D. de solut.* Porrò cùm ad creditorem pertineant fructus qui ab eo percipiuntur, Qui verò à debitore, ita sint debitoris, vt nullum in iis habeat creditor ius pignoris, si non de iis quoque nominatim conuenerit. Apparet neutro casu posse fructus venire in hypothecariam, non eos, qui à creditore percepti sunt, quia pignus rei propriæ non consistit *l. neque pignus 45. De regul. iur. l. pen. §. 1. ad fin. D. de except. rei iudi.* Non illos etiam qui ab ipso debitore, quia non sunt obligati, quamuis fuerint in dominio debitoris *dict. §. cùm prædium.* Quo igitur iure venirent in hypothecariam? nisi fortè tanquam accessiones, & eo iure quo aliis plerisque iudiciis solent venire fructus qui percepti sunt post litem contestatam *l. 4. §. post litem D. fin. regund. l. videamus 38. §. si actionem D. de vsur.* Sed quemadmodum ius illud non ad omnes in personam actiones pertinet, sed ad eas tantùm quę speciali nomine non dictiones appellantur, quibus repeto id, quod aliquando meum fuit, vt *in d. §. si actionem*, & ad actionem finium regundorum, quia pro vindicatione est *dict. leg. 4. §. post litem* iunct. *l. 1. D. fin. regund.* Idque ratione illa, quòd quale quid est, cùm petitur tale dari debeat, vt Papinianus noster ratiocinatur *in l. 2. D. de vsur.* Ita neque ad omnes in rem actiones accommodari debet, sed ad eas tantùm quibus petimus rem nostram qualis est directa vindicatio, & Publiciana, In quibus ideò veniunt fructus post litem cõtestatam percepti, quoniam actori omne id præstari æquum est, quod habuisset actor, si mora ei facta non fuisset, id est si possessor litis contestatę tempore rem restituisset *l. prætereà 20. D. de rei vindic.* At nulla eiusmodi æquitas in hypothecaria locum habet, quia etiamsi creditori hypothecariam exercenti restitutum fuisset pignus tempore litis contestatæ, non eo tamen locupletior esset hodie creditor, qui fructus à se perceptos in solutum imputare cogeretur, nisi quòd tantò tutiùs integri debiti solutionem consequi posset, Verum ex alia parte tantò incommodiùs quòd solutio per partes, magna ex parte creditoris, habere solet incommoda *l. 3. D. famil. ercisc.* Præter id quod proxima & immediata ratio, propter quam in rei vindicatione etiam directa fructuum restitutio fit officio iudicis, non ex eo sumenda est, ne alioqui petitor in damno moretur, sed illa potiùs, ne lucro possessoris qui victus est, fructus cedant *d. l. & ex diuerso §. 1.* In quo differunt fructus ab vsuris, quæ nec propter lucrum petentium, nec vt lucrum aliquod improbo litigatori extorqueatur, sed propter moram non soluentium infliguntur *l. cùm quidam 17. §. si pupillo D. de vsur.* id est, vt hoc damnũ sentiat pecuniæ debitor, qui fuit in mora. Atqui nullum possessoris pignorum lucrum est etiamsi post litem contestatam fructus perceperit, si eos ita consumpserit, vt ex eorum consumptione locupletior factus non sit, Quemadmodum è contrario nullum est damnum creditoris ob fructus à debitore perceptos, ex quibus debitor factus sit locupletior, cùm ex ea causa futurum sit, vt tantò plus

habeat

habeat debitor, ex quo in executione iudicati satisfacere possit. Nullo igitur casu dici potest interesse creditoris, vt in hypothecaria ad fructuum quoque restitutionem pignoris possessor, qui idem & debitor sit, condemnetur, id est siue soluẽdo ille sit, siue non. Quòd si proponas non debitorem esse, sed extraneum possessorem eum qui conuenitur, tantò maior ratio est, vt condemnari debeat de fructibus etiam post litem contestatam perceptis. Non illa solùm generaliori ratione, quam attulimus, quòd non sint ipsi obligati, nisi specialiter id actum sit *d. §. cum prædium.* sed etiam quia pertinẽt ad possessorem iure dominij, si ponas emisse illum, aut aliter acquisiuisse à dominio, cùm neque pignoris obligatio translationem dominij impediat *l. si dominium 9. l. distractis 14. & seq. C. de pignor.* neque litis contestatio malæ fidei possessorem facere possit eum qui plus quàm bonæ fidei possessor est, cùm sit & dominus. Cur ergo dicamus condemnari eum debere ad fructus, etiam quos post litem contestatam perceperit? Aut quid refert possessoris an res obligata tanti sit, quantum est in debito, an minoris? cùm neque debitor ipse sit, neque obligati sint fructus quos ipse perceperit? Sed etsi non esset ille dominus, at bonę fidei tantùm possessor, adhuc tamen eodem iure censeri deberet, quo dominus, non solùm quòd ad fructus pertineret ante litem cõtestatam perceptos, quos vtique suos facit interim sola perceptione. *d. l. bonæ fidei 48. De acquir. rer. domin.* absolutè verò per consumptionem *d. §. post litem l. 4. §. lana D. de vsucap. l. certum 22. C. de rei vindic. & dict. §. cum prædium.* Sed etiam quòd ad eos qui post litem contestatam percepti essent. Nec enim litis cõtestatio facta cum creditore inducit malam fidem, sed ea tantũ quæ facta est à domino, siquidem mala fides non priùs induci potest, quàm cœperit scire possessor rem ad se non pertinere *d. l. sed etsi 25. §. si ante & §. scire D. de hered. petit.* quòd per litis contestationẽ in actione hypothecaria factã contingere nũquã potest, nõ magis quã vt res fiat litigiosa *l. 1. iunct. Auth. litigiosa C. de litig.* Ex quib. intelligimus quã stulta sit ratio restituẽdorũ fructuũ in hypothecaria, quæ ponitur *in d. §. interdũ* supradictis iis verbis, *Quid. n. si minoris sit prædiũ quã debetur.* Planè de antecedentibus fructibus, id est qui percepti sint ante litẽ cõtestatã nihil pronunciare iudicẽ posse constat, vt subiicitur *in d. §. interdum.* Sed quæ mox sequitur exceptio *nisi extant & res non sufficit* æquè inepta & ridicula est. Quid enim iuris habet creditor aut quem iuris colorem pro fructibus antecedentibus, tametsi extent, neque res sufficiat? An fortassis eò magis obligati sunt, si de iis obligandis in ipsa pignoris conuentione nihil specialiter ac nominatim conuenerit? Cùm in directa quoque rei vindicatione placeat etiam extantes fructus, non vi actionis venire in restitutionem, siue ante siue post litem contestatam percepti sint, sed tantùm officio iudicis *dict. §. 1. Institut. de officior. iudic.* Quamuis maior ratio sit, vt quia iure soli percipiuntur ad eius dominium pertineant, qui fundi dominus est, quàm vt qui ex re pignori obligata prouenerunt, pignori quoque obligati intelligantur. Et sanè si tractes de fructibus obligatis, frustra est quærere & distinguere an res ipsa obligata sufficiat necne, cùm sint ipsi omnimodo obligati, & ius pignoris indiuiduum sit *leg. quandiu 6. Codic. de distrahend. pignor. l. 2. Codic. debit. vendit. pign. imped. non poss.* Si verò tractes de fructibus qui non sint obligati, de quibus solis tractari potest, cùm nulla specialis eorum obligatio est, quid refert an extent necne, & an res obligata sufficiat, an non? Aut quis officio iudicis locus esse potest pro fructibus perceptis ante litem contestatam, Cùm nec ad eum pertineant futuri temporis tractatus, Inquit Papinianus, aut potiùs ad

Papinianum Paulus *in l.1.§.1.verf. Paulus notat.D.de vsur.* Totum siquidem officium iudicis à tempore litis contestatæ in tempus vsque condemnationis concluditur *l.iudex posteaquàm 55.D.de re iudic.* Certè cum fructus quoque obligati sint, distinctio illa necessaria esse creditur, An extent, an verò consumpti sint, quia extantes quidem directa actione quasi Seruiana peti possunt, Non solùm si à domino eodémque debitore percepti sint, sed etsi à bonæ fidei possessore, si nostris credimus, Consumpti verò ne quidem vtili. Quæ Papiniani sententia esse videtur *in d.§.cùm prædium.* Si modò non est is quoque locus corruptus, De quo dicemus sequenti capite. Itémq; de iis distinctionibus quas adfert Accurs. An fructus consumpti sint mala fide, an bona, & an ex opera & industria possessoris prouenerint necne. Iam enim tempus est vt concludamus, Totum hoc quod scriptum est *in d.§. interdum*, cùm à vera rectáque iuris ratione abhorreat Triboniani esse non Marciani. Sicut & quod *in §.præcedente*, & *in §. creditor*, de quo suprà diximus & *in §.si pluris*, de cuius etiam sententia nos alibi scripsimus.

ERROR SECVNDVS.

De distinctione fructuum extantium & consumptorum in hypothecaria
Ad l.1.§.cùm prædium D.de pignor.

QVI supponunt fructus venire in actionem hypothecariam saltē eos qui percepti sunt post litem contestatam, si minoris sit res obligata, quàm quantum est quod debetur. Adeóq; illos qui ante contestationem si fortè extent, & res non sufficit ex *l.si fundus 16. §.interdum D.de pignor.* solēt distinguere post Accursium & Bartolum ad eum locum, An extent fructus, an verò consumpti sint, Et rursum de consumptis, an bona fide consumpti sint, an mala fide. Eiúsque distinctionis authorem laudant, non modò Marcianum *in d.§.interdum*, sed etiam Papinianum *in l.1.§.cùm prædium D.de pign.* vbi tractat ille speciem elegantem de creditore qui prædium sui debitoris pignori acceperat, & nominatim vt eius prędij fructus quoque pignori essent, conuenerat. Tum vendito prædio emptori bonę fidei qui ex eo fūdo fructus perceperat, & cōsūpserat, idē creditor postulabat vt eos fructus emptor vtili Seruiana restituere cogeretur. Quęrebatur an iure ageret, & negat Papinianus vtilem Seruianam competere, Ratione illa quòd numquam fuerint in dominio debitoris, vt ex responsi fine apparet. Illa enim verba quæ rationis loco ponuntur *Pignoris etenim causam nec vsucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominij separatur*, non decidendi rationem continent, sed dubitandi ex eo sumptam, quòd causa dominij cū quęstione pignoris nulla societate coniungatur, adeò vt secuta vsucapio causam pignoris non perimat *l.vsucapio 7.C.eod.l.iusto errore 44.§.non mutat 5.D.de vsucap.* Inde nāq; sequi videbatur, vt non esset bona consecutio, si quis ex eo quòd fructus isti acquisiti fuerant bonę fidei emptori inferre vellet, non esse igitur per vtilem hypothecariam & Seruianam vtilem restituendos. Sed rationem hanc dubitandi sic eludit Papinianus, vt doceat, multum interesse, an tractemus de persecutione pignoris rectè & vtiliter constituti, an de eo persequendo pignore, quod numquam fuerit rectè & vtiliter constitutum.

Priore

Priore casu verè dicitur causam pignoris vsucapione non perimi, quia pignus quod semel bene constitutum est, tamdiu durat, quandiu verum est solutam nō esse pecuniam quæ debetur, nec eo nomine aliter satisfactum *l. grege 13. §. etiam eod. tit. l. debitor 59. ad Treb. l. penult. §. 1. De except. rei iudic.* Atqui nemo dixerit ob id videri satisfactum creditori, quòd debitor rei suæ dominiū per vsucapionem amiserit, quod non ad creditorem, sed ad vsucapientem peruenit. Posteriore autem casu nec locus quæstioni relinquitur, An vsucapione, aut quo alio modo pignus extinctum sit quod numquam incepit. Prius enim est vt initium quàm vt finem accipiat *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. De condic. & demonstr. l. non potest videri 208. De regul. iur.* Porrò certissimum est pignus non ab alio, quàm à vero domino constitui vtiliter posse *l. vlt. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* & ad vtilem pignoratitiam, id est hypothecariam, & quasi Seruianam inducendam illud saltem requiri, vt posteà dominus esse cœperit debitor, qui ab initio constituti pignoris non fuit *l. cùm res 5. eod. l. si Titio 22. D. de pign.* Atqui certum quoque illud est, fructus fundi pignorati, quos & ipsos nominatim pignori debitor dederit, numquam fuisse debitoris, id est neque ab initio, neque ex postfacto: Non ab initio, cùm eo tempore constituti pignoris nondum essent in rerum natura. Quod enim nondum in rerum natura est, in nullius dominio esse potest. Vnde est, quod nec olim per vindicationem legari poterant fructus futuri, quòd eo genere legati non aliæ res dari possent, quàm quarum dominus iure Quiritium fuisset testator vtroque tempore, & testamenti, & mortis, præterquàm si pondere, vel numero vel mensura continerentur, vt Vlpianus & Caius in fragmentis scribunt in titulis De legatis. Quamuis per damnationem legari commodè possent, vt ibidem Caius ait, Quomodo haud dubiè accipiendum est quod generalius scriptum est ex Pomponio *in l. quod in rerum 24. in princip. de legat. 1.* Et ob eandem causam stipulatio fructuum, quamuis purè concepta nihilominùs condicionem tacitam habere intelligitur, si fructus nascentur *l. interdum 73. De verb. oblig.* Rursum nemo dixerit fructus istos à bonæ fidei possessore perceptos fuisse factos debitoris à quo tēpore percepti sunt, Cùm non ab ipso debitore percepti sint, sed à bonæ fidei possessore, qui eos percipiendo suos statim fecit, adeóque pleno iure *l. bonæ fidei 48. De acquir. rer. domin. l. in pecudum 28. D. de vsur.* priùs etiam, quàm in horreo sint reconditi, In quo plus iuris habet bonæ fidei possessor, quàm fructuarius *l. si fructuarius messem 13. D. quib. mod. vsusfr. amit.* Cùm ergo fructus de quibus quærimus semper fuerint bonę fidei possessoris, consequēs est vt pignus quod in iis à debitore constitutum fuit, numquam valuerit. Ac proinde vt nulla pro iis Seruiana vtilis possit competere, quamuis hypothecaria directa quæ pro fundo ipso æquè pignorato ex die constituti pignoris nata est, etiam post completam fundi vsucapionem duret. Nam quemadmodum plus iuris habet debitor in fundo, cuius dominus est tempore constituti pignoris, ita plus habet quod amittat, ratione fundi, quem bonæ fidei emptor posteà vsucepit, quàm ratione fructuum à bonę fidei possessore perceptorum, in quibus nihil vnquā iuris debitor habuit. Ideóque cùm non plus iuris habere possit in re obligata creditor pignoratitius, quàm is qui obligauit, fatendum est nullum posse illum habere ius pignoris in fructibus, qui debitoris numquam fuerunt, retinere tamen ius quod habuit in fundo etiam post vsucapionem, quia & ante vsucapionem habuit, & vsucapio dominium quidem rei vsucaptæ acquirit possessori, sed pignus quod ab initio benè contractum fuit, vt dixi, non extinguit: Nec quod vulgò iactari solet, Re-

soluto iure datoris resolui ius acceptoris *ex l. lex vectigali 31. eod. tit. de pignor.* ad rem & quæstionem nostram pertinet, in qua non resoluitur per vsucapionem ius debitoris, ita vt res vsucapta numquam eius fuisse videatur. Vsucapio siquidem acquirit dominium ex quo duntaxat die completa est, nec retrofingit dominum numquam fuisse eum cuius res vsucapta fuit, quem ex contrario dominũ fuisse omnino necesse est, vt dominium amittere potuerit, quod alius acquisiuit. Proinde sicuti post completam quoque vsucapionem verum est eũ qui rẽ pignori dedit fuisse dominum eo tempore quo dabat, Ita & illud verũ est, Manere igitur pignus quod ab initio fuit à vero domino constitutum. Fructuum alia ratio est qui cùm à possessore ipso fuerint percepti, nec vnquam in debitoris possessione ac potestate fuerint, nec in dominio eius vnquam esse potuerũt. Nam quemadmodum dominia primùm à naturali & corporali possessione cœperunt, vt ait *l. 1. D. de acquir. possess.* Sic ex prima illa dominiorum introductione retentum est, vt vix possit quisquam dominium eius rei acquirere, quam nõ habeat in sua potestate. Certum autem est numquã in potestate debitoris fuisse eos fructus, quos bona fide emptor percepit, siue seuerit ipse, siue alius *d. l. bonæ fidei.* Ergo neque specialiter obligari potuerunt, non magis quàm venire in generalem obligationem bonorum omnium etiam futurorũ. *n. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* Facilius enim est vt ea res, quæ contractus tempore aliena est deducatur in generalem obligationem, quàm vt in specialem *l. 1. in princip. eod. tit.* Quod cùm ita sit, fatendum est, nihil causæ fuisse cur Papinianus *in d. §. cum prædium.* de consumptis fructibus loqueretur, Cùm generaliter verum sit fructus omnes, qui à bonæ fidei possessore percepti sunt statim & pleno iure acquiri bonæ fidei possessori, nec minùs extantes quàm consumptos. Consumptio enim non parit acquisitionem, sed lucrum fructuum, id est efficit duntaxat vt quos fructus bonæ fidei possessor sola perceptione suos fecit, ita lucretur, ne officio iudicis eos restituere vnquam teneatur, quomodo tenetur restituere extantes necdũ consumptos *l. certum 22 C. de rei vind. & §. 1. Inst. de offi. iud.* iunct. *l. 4. §. post litem D. fin. regun.* Neque verò potest in fructus consumptos cadere illa quæstio, An possit creditor hypothecarius per quasi Seruianam petere fundi obligati fructus obligatos quoque specialiter, quos bona fide possessor non tantùm perceperit, sed etiã consumpserit. Prius. n. est vt quid sit in rerũ natura, quàm vt eius persecutio iure pignoris competere vlla possit, quemadmodũ & prius est vt aliquo tẽpore fuerit debitoris, quàm vt vinculo pignoris vllo teneatur. Nã cùm persecutio pignoris in rẽ sit *l. pignoris 17. D. de pign. l. pignoris 15. C. eod.* apparet nõ posse illã cõpetere in rẽ quæ non extat, Nec si res illa fuisset aliquando debitoris, Siquidẽ in hypothecaria quæ ex numero arbitrariarum *§. præterea Inst. de act.* necesse est arbitriũ iudicis interuenire, priusquàm ad cõdenationẽ peruenire possit. Arbitriũ, inquã, de re restituenda *l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pign.* Quis verò iudex aut vir bonus vnquam arbitrabitur restitui debere rẽ quę non extet? Fateor si dolo malo possessoris extare desierit, nõ solũ haberi posse illã pro extãte, sed etiã pro ea quæ adhuc possideatur, quia dolus pro possessione est, vt habet iuris regula. Sed Papinianus de iis fructib. loquitur qui bona fide & percepti fuerint, & cõsũpti, vt verba legis ostẽdũt. Quãquã frustra est quærere, An mala fide cõsũpti sint, dũmodo cõstet bona fide perceptos fuisse. Cùm. n. sola perceptione acquirantur, ita vt exinde fiãt bonæ fidei possessoris, & quidẽ pleno iure, vt diximus, fieri certè nequit, vt quis mala fide consumat fructus, quos bona fide percipiendo iam suos fecerit, Quando is qui dominus

dominus esse incipit, hoc ipso licèt non desinat esse possessor, desinit tamen esse possessor bonæ fidei, adiectione scilicet iuris maioris & plenioris quod extinguit minus. Esse namq; bonę vel malę fidei possessorem qualitates sunt eius qui possessor tantùm sit, non etiam dominus, quia nemo potest mala fide possidere rem cuius dominium habeat. Ideóque dicitur quæstio illa esse facti potiùs quã iuris *d.l.bona fides §.in contrariũ, quia & possessio ipsa facti est.* Multò minùs eam cõsumere mala fide, quãuis abutatur ea manifestissimè, cùm ad excludẽdã malã fidẽ possit sufficere quòd putet quis abuti re sua, licèt ea sit verè aliena *l.sed etsi 25.§.consuluit & seq.D.de peti.hered.* Quòd si mala fide cõsumi nõ possunt fruct⁹ q bona fide percepti fuerũt, consequẽs est vt nec bona fide cõsũpti dici possint, cum dominij iure cõsũpti sint, quod extra & supra bonæ fidei causã est. In eóq; dispar ratio est perceptionis & consumptionis fructuum, quòd perceptione acquiritur dominiũ iure & potestate solius bonæ fidei, quæ hoc casu tantũ potest, quãtũ veritas, quia lex impedimento non est. At fructuũ bona fide perceptorũ cõsumptio fit iure dominij, quia cõsũptio sicuti sẽper sequitur perceptionẽ, ita & acquisitionẽ. Quare nec mirũ cuiquã videri debet, quòd fructus etiã qui percipiẽdo facti sũt bonę fidei possessoris, restituẽdi tamẽ sunt officio iudicis, si adhuc extẽt eo tẽpore quo fundus vindicatur, nõ itẽ si cõsũpti probentur. Quoniã perceptio sicuti debiliorẽ causam habet, id est bonam fidem possessoris nõ veritatẽ, ita minùs potest quàm consumptio, quæ fit iure dominij verè acquisiti. Perceptio sola dominiũ quidẽ fructuũ acquirit statim & pleno iure, sed interim duntaxat, vt Paulus loquitur *in d.l.bona fides*, hoc est quousque bonæ fidei possessor in iudicio vindicationis fundi eos restituere iubeatur: Sed consumptio acquirit eos absolutè, quia facit vt eorum restitutio non possit diutiùs manere in suspenso, cùm efficiat vt ex instanti consumptionis certum esse incipiat, nunquã futurum, vt extantes inueniantur tẽpore vindicationis, quãdocunque secuturæ. Quod.n.cõsumitur hoc ipso extinguitur, nec interim, sed absolutè. Facit igitur consumptio non vt acquirantur fructus, qui iam per solam perceptionem acquisiti fuerant [quod enim iam meum est magis meum fieri non potest *vulg.§. sic itaque Inst.de action.*] sed vt acquisitio illa quæ fuerat reuocabilis, si ante consumptionem fructuũ vindicatus fundus fuisset, locúsque officio iudicis esse potuisset, fiat irreuocabilis, tametsi non extinguat ipsius fundi, quandiu is extabit, vindicationem. Ac quamquam nihil vetat post factam bona fide fructuum perceptionem superuenire malam fidem ex scientia rei alienę ante consumptionẽ: Non potest tamen ea res facere, vt mala fide consũptos eos dici possit, imò nec possessos, cũ iure dominij & possessi sint & consumpti, si modò bona fide, quod ponimus, percepti fuerunt. Superueniens namque mala fides, impedire quidem fortassis potest acquisitionem fructuum percipiendorum, si cum Pomponio & Paulo *in d.l.bonæ fidei §.in contrarium*, ita sentire malis, quàm cũ Iuliano *in l. qui scit 25.§.vlt.D.de vsur.* Sed acquisitionem iam factam fructuum perceptorum tollere, ac reuocare nullomodo potest, quia non quemadmodũ bona fides modus est acquirendi interim dominij fructuum, Ita è contrario mala fides modus est amittendi eorum dominij iã acquisiti, vel ob id maximè quòd, vt diximus, numquam in eiusdem persona & ratione eiusdem rei potest mala fides cum iure dominij concurrere, non nego posse ex postfacto fieri malæ fidei possessorẽ eũ, qui ab initio bonę fidei fuerit, & fruct⁹ bona fide perceperit, superueniẽte nimirũ sciẽtia rei alienę, vt sententiæ Põponij locũ relinquamus, in fructib. ab eo tempore perceptis, sed hoc cõtẽdo, malam illam fidem quæ superuenerit, sicuti

vsucapionem iam inchoatam,necdum tamen completam interrumpere nullo modo potest,vel ipso fatente Pomponio *in d.§.in contrarium*, quia vt ibi ratiocinatur Paulus,vsucapio ad ius refertur,possessio autem vel bonæ vel malę fidei ad factum,Ita neque posse adimere bonæ fidei possessori dominium fructuum, quòd ei perceptio iā acquisiuerit. Est enim vt esse debet difficilior amissio dominij iam quæsiti quàm acquirendi,Dominium autem fructuum perceptorum iam acquisitum est,fundi verò nondum vsucapti,acquirendum,cuius tamen acquisitio non ex eo solo impeditur,quòd superuenerit mala fides, nec si per litis contestationem *l.si post acceptum* 18.*D.de rei vindic.*quamuis contestatio modus sit omnium efficacissimus ad inducendam malam fidem, cùm possessores omnes faciat prædones,aut saltem quasi prædones *d.l.sed etsi §.si ante De petit. hered.*Itaque quod scriptum est *in d.l. bonæ fidei*,fructus bona fide perceptos fieri interim possessoris,non sic accipi debet,vt fiant eius quandiu duntaxat bona fides durat,& in id vsque tempus quo mala fides superuenerit [nec enim dominium fructuum sicut & alterius rei vllius ad tempus acquiri potest.] Sed ita vt maneant bonæ fidei possessoris quousque fundus euictus fuerit, quomodo loquitur Iulianus *in d.l.qui scit.§.vlt.*quo tamen casu non recedit ipso iure dominium fructuum à bonę fidei possessore quod fieri posse negamus,sed restituuntur fructus per officium iudicis,qui de rei vindicatione cognoscit, nec priùs amittit eorum dominium possessor bonæ fidei quàm eos restituerit, quod citra traditionem fieri non potest. Proinde fatendum est propositam à Papiniano quæstionem *in d.§.cùm prædium* de quasi Seruiana pro fructibus danda, vel deneganda,non posse ad eos fructus pertinere , qui à bonæ fidei possessore consumpti sint, sed ad extantes duntaxat , de quibus licèt idipsum verè dici possit, quòd de consumptis, Numquam fuisse illos debitoris, maior tamen ratio erat dubitandi, propter quam videbatur posse illos vindicari per hypothecariam, quasi sola ratio illa posset sufficere,quòd nihil habet commune quæstio pignoris cum intentione dominij. Verùm non idcirco aliud iuris in fructibus extantibus constituendum esse vult Papinianus, Propterea quòd omnem actionem hypothecariam excludat potentior illa ratio, quòd pignus in iis numquam vtiliter constitutum fuerit,quia numquam debitoris fuerunt.

ERROR TERTIVS.

De emendatione d.§. cùm prædium & l.4.§.lana D.de vsucap.l.quæsitum 40.De acquir.rer.domin.l.5.D.de damn.infect.

HINC nimirum moueor vt putem in Papiniani responso de quo tractamus irreptitiam esse dictionem illam *consumptos* & superuacuam,Additam autem ab imperito interprete existimante solos eos fructus esse bonæ fidei possessoris, qui ab eo non tantùm percepti, sed etiam consumpti sint. Sic enim plerique ex veteribus interpretibus iam olim existimarunt distinguendum esse in difficili quæstione illa De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis,An consumpti sint necne,vt sola consumptione fiāt ipsius, non etiam sola perceptione.Nam & hinc factum puto,vt apud Paulum *in l.4.§. lana in fin.D.de vsucap.*addita sint verba illa,*si consumpti sint*, quorum adiectio sanè

sanè nec præcedentibus conuenit, nec iuris rationi. Quærit enim ibi Paulus de lana ouium furtiuarum, & ait si apud furem ipsum detonsa sit vsucapi eam non posse, quia scilicet furtiua est, sed si apud bonę fidei emptorem contrà, id est neque furtiuam eã esse, neque vsucapionem eius prohiberi, nec tamen vsucapi eã debere, cùm statim emptoris fiat, quoniam in fructu est. Quid verò est statim fieri emptoris, nisi hoc ipsum quod volumus, vt non sit expectanda eorum cõsumptio? At neque expectandum vt in horreum recondantur, quomodo expectandum est cùm de vsufructuario tractatur, qui ob eam nimirum causam in percipiendis fructibus minùs iuris habere dicitur, quàm bonæ fidei possessor *d. l. si fructuarius messem* 13. *D. quib. mod. vsusfr. amit.* Ergo quod sequitur apud Paulum, Idem in agnis dicendum esse non potest interpretationem & restrictionem illam recipere *si consumpti sint*. Cùm sint fructus naturales æquè ac lana, & eo amplius solum naturæ factum exigant, non etiam hominis industriam, vt producantur, quod in lana diuersum est, quam saltem detonsam esse oportet, vt in fructu esse & videri possit. Nec minùs apud Africanum *in l. quæsitum* 40. *D. de acqui. rer. domin.* eandem dictionem *consumptos*, quam à Papiniano tollimus, irreptitiam tollendámque esse contendimus in postremis illis verbis legis, *vt quo casu fructus prædiorum consumptos suos faciat bona fides possessor.* Et sanè quid absurdius dici potest, quàm bonæ fidei possessorem facere fructus suos per consumptionem? Quasi verè consumptio sit modus acquirendi dominij, ac non potiùs amittendi. Quinimò vsque adeò verum est sola perceptione fieri statim fructus bonę fidei possessoris, vt eos vsucapere non debeat, quemadmodum loquitur Paulus *in d. § lana.* Quod ego sic accipio, vt non solùm non debeat, sed nec etiam possit, tametsi maximè velit, quia siue dicas vsucapionem esse adeptionem dominij, vt scriptum est *in l. 3. D. de vsucap.* siue adiectionem, vt alij legunt, certum est id, quod iam sit bonæ fidei emptoris, eius fieri magis non posse *d. §. sic itaque Inst. de action. l. in bello* 12. *§. si quis seruum vers. & si ignorans D. de captiu. & postlim.* Ex quo intelligimus per solam perceptionem acquiri eos bonæ fidei possessori, non quod ad dominium bonitarium dumtaxat, sed etiam quod ad quiritiarium, alioqui non ob id excluderetur vsucapio fructuum bona fide perceptorum, quòd iam facti essent in bonis possessoris, Quandoquidẽ nihil vetat dominio bonitario adiici quiritiarium per vsucapionem. *l. si finita* 15. *§. Iulianus scribit* 15. *D. de dam. infect.* ũict. *l. Prætoris* 5. *in prin. eo. tit.* Idq; est quod Caius scribit *in l. in pecudum* 28. *De vsur.* & agnos, & hœdos, & vitulos statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarij. Non enim pleno iure acquirerentur, si in bonis tantùm, non etiam iure Quiritium fierent bonæ fidei possessoris, nec priuandus esset bonæ fidei possessor iure & commodo vsucapionis, vt fructus quos per solam perceptionem minùs legitimè suos fecisset, saltem per vsucapionem qui legitimus modus est acquirendi dominij suos legitimè faceret, sicuti solemus dicere de fideicommissario qui licèt post factam ex SC. Trebelliano restitutionem hereditatis incipiat habere in bonis res omnes hereditarias priùs etiam quàm corporalem earum possessionem nactus sit *l. facta* 63. *in princi. D. ad SC. Treb.* non priùs tamen legitimus, id est quiritiarius fit earum dominus, quàm eas vsuceperit, & statuto legibus tempore possederit *l. quæsitum* 3. *D. si vsusfr. petet.* Nempe quoniam fideicommissa legibus & iuri ciuili incognita iustum dominij transferendi titulum præbere non possunt, Iustam verò causam præcedere oportet, vt iustum & legitimum dominium etiam per traditionem acquiri possit *l. numquam nuda* 31. *D. de acquir. rer. domin.*

habeatur *d. l. bonæ fidei* 48. *De acqui. rer. domin.* in eorum perniciem & odiũ retorquebatur, quod eueniret si ob id solùm quòd eos fructus iam factos suos vsucapere non potuisset, etiam post completa vsucapionis tempora domino fundũ suũ iure vindicanti eos fructus, tùm adhuc extantes officio iudicis restituere cogeretur. In eóq; nos etiã cũ cæteris interpretib. omnib. errauimus, Cùm hanc ipsã quæstionẽ in prioribus Cõiecturarũ nostrarum libris tractãtes scripsimus, eos solos fructus in restitutionem officio iudicis non venire, qui vel consumpti fuerint vel vsucapti. Quasi aliqua species dari possit fructuum à bonę fidei possessore perceptorum, in quam illud cadere queat, vt ab eo vsucapi vel debeant, vel possint, quod nõ ita est. Debuimus ergo scribere, Fructus illos à bonę fidei possessore perceptos in restitutionem solos non venire, qui litis tempore vel iã consumpti probẽtur, vel tanto tẽpore possessi, quantũ sufficere potuisset ad eos vsucapiẽdos, nisi prioris dominij acquisitio iam pleno iure facta omnem vsucapiendi causam & facultatem sustulisset. Est igitur eadem potestas cõsũptionis, & longæ possessionis, ne ampliùs dicam vsucapionis, quod ad hoc, vt liceat possessori fructus quos bona fide percepit retinere, nec officio iudicis eos restituere sit cogendus: sed diuersa tamen ratione, Quia longa fructuum possessio, licèt fructus non acquirat iam acquisitos, acquisitionis tamen loco est, & paris cum vsucapione potestatis. Consumptio autem nõ acquisitionis loco est, sed potiùs alienationis, affértque secum hanc, siue vtilitatis, siue æquitatis rationem, quod non debeat condemnari possessor, vt eos fructus restituat, quos nec habet, nec dolo desiit habere, licèt tales sint qui si extarent, venire deberẽt in restitutionẽ. Vt enim veniant extantes ratio illa facit, quod sine possessoris incommodo ita ius constitui posse videatur, Non etiam si consumpti sint, id est ita vt nihil ex iis in rem & vtilitatem possessoris versum sit: Cùm alioqui non possit dici absumptum, quod in corpore patrimonij quodammodo retinetur *l. idem seruandum* 72. *De legat.* 2. Nam nec alia ratione tenetur malæ fidei possessor fructus omnes etiam consumptos restituere *l. certum* 22. *C. de rei vindic.* quàm quia cùm percepti & consumpti sint mala fide pro extantibus habeantur, vt & aliàs dici solet quoties dolus pro possessione est. Fieri enim nequit vt non mala fide consumpti sint, & extare desierint fructus qui mala fide percepti sunt.

ERROR QVARTVS.

De vindicatione aut condictione fructuum à malæ fidei possessore perceptorum ex fundo pignorato, & pignoratorum. Ad d. §. cùm prædium.

QVA de causa non magis mirari quis possit, Cur non competat domino aduersus malæ fidei possessorem vindicatio fructuum quoque perinde ac fundi, Non quidem consumptorum, quorum scilicet vindicatio est omnino impossibilis, vt cæterarum rerum omnium quæ non sint præsentes, in quas non potest cadere vetus illa, & sollennis formula vindicationis *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, sed extantium. Illud enim vtique certum est non magis vindicari posse fructus extantes, qui à prædone percepti sunt, quàm consumptos, sed officio tantùm iudicis æquè omnes

restituendos esse *d.l.certum 22.C.de rei vindic.§.1.Inst.de offic.iud.*Et tamen negari non potest,quin generaliter verum sit fructus omnes etiam industriales iure soli potiùs quàm seminis percipi *d.l.qui scit.25.§.1.de vsur.* Nec in prædone vllam esse bonam fidem quæ facere debeat,vt ab eo iure recedatur in fauorem possessoris. Verùm respondendum est ex eo ius hoc proficisci, quòd iam suprà diximus, quemadmodum dominia omnia cœperunt à naturali possessione *l.1. D.de acquir.poss.*ita vix est vt quis dominus fieri possit eius rei quam ipse numquam possederit, si eos casus excipias, quibus dominium sola legis potestate citra vllam traditionem transfertur *l.1.in fin.& l.2.D.de Public.in rem act.*Atqui dominus fundi numquam possedit fructus à possessore fundi, quantumuis mala fide perceptos, Ergo dominus eorum neque fuit vnquam,neque esse potuit. Idcóque nec extantes vindicare potest,nec per se ac separatim condicere, quorum scilicet dominium quod numquam habuit, numquam amisit, [condictio namque ei demùm competit,qui dominus aliquando fuit & esse desiit,]Sed tãtùm vindicando fundum ipsum id assequi, vt simul cum fundo ipso veniant officio iudicis in restitutionem. Quod cùm ita sit,Illud adhuc mirum est,Quanam ergo ratione fiat vt de fructibus tantùm fide perceptis loquatur Papinianus *in d.§.cùm prædium,*si in fructibus à malæ quoque fidei possessore perceptis eadem illa iuris ratio locum habeat,quòd numquam fuerint debitoris.Quomodo enim fieri potest vt in iis pignus fuerit vtiliter constitutum , Aut si numquam fuit, vt tamen per vtilem Seruianam petere creditor eos possit? Atque hinc sanè intelligimus tantò manifestius verum esse quod contendimus Papinianum de consumptis fructibus loqui non potuisse, Cùm in iis distinctio illa malæ & bonæ fidei locum habere nullum possit. At neque quæstio de hypothecaria,siue directa,siue vtili,quandoquidem prius est,vt ea res extet,quæ pignori data est,quàm vt eius persecutio per hypothecariam,siue directam, siue vtilem competere possit: Cùm hypothecaria,siue directa sit,siue vtilis semper in rem sit,quæ nulla est si extare desierit,licèt fuerit aliquando. At extantium fructuum alia ratio est. Quamuis enim commune illud habeant cum iis qui consumpti sunt,quòd nũquam debitoris fuerunt, & idcircò non magis in his quàm in illis pignus constitutum dici potest, hoc tamen habent dissimile quòd sunt illi ipsi fructus,de quibus vt pignori essent conuenit, ac proinde cùm adhuc in rerum natura sint , nihil vetat eorum persecutionem dari per hypothecariam non quidem directam,quia non magis ius pignoris in iis constitit,quàm si consumpti proponerentur:Sed vtilem propterea quòd non debeat melior esse condicio possessoris, ob id quòd eos mala fide perceperit,nec deterior creditoris ob eam causam quòd debitoris numquam fuerint,qui eos percepturus fuerat,si nihil in iis percipiendis mala fide factum fuisset,& cui etiam post consumptionem restitui adhuc officio iudicis debeant, Vt quandiu ius debitoris,quantum ad eos fructus pertinet,non omnino peremptum est,tandiu ius quoque creditoris qui conuenit de pignore,durare intelligatur. Quæ ratio cùm tota ex ęquitate sumpta sit,ex qua etiam cæteræ omnes vtiles actiones æstimantur,non perinde vsurpari potest contra bonæ fidei possessorem,qui licèt de extantibus fructibus quos bona fide percepit , ipsi domino eidémque debitori restituendis officio iudicis teneatur,quandocũque fundum ab eo vindicari contingat, Cùm tamen interim dominus factus sit,& quidem ita vt ab eorum restituendorum periculo immunis fieri possit,siue eos consumendo,siue possidendo tanto tempore quanto vsucapturus esset, si legitimus eorum dominus factus non fuisset,

nulla

nulla æquitatis ratio est propter quam permittendum sit creditori, cui mera iuris ratio prorsus obstat, vt eum inquietet, quia quod habet ius debitor in percipiendis fructibus, vt penè dominij loco sit, non ex persona illius habet qui fũdum fundique fructus dedit pignori, sed ex propria, propter suam bonam fidem quæ hoc fauore, & priuilegio digna visa est. Cessante igitur hoc fauore qui proculdubio nullus esse potest in malæ fidei possessore, danda vtique est hypothecaria creditori, non in fructus consumptos, qui iam nulli sunt, sed in extantes, nec directa tamen, sed vtilis, ex æquitate scilicet, deficiente iure. Quẽadmodum & aliis non paucis casibus euenit, vt hypothecaria quæ competere directa non potest ob rationem aliquam iuris, quæ constitutionem pignoris ab initio impedierit, detur tamen vtilis, si æquitas aliqua sit, quæ suadeat, vt pignus quod directò non constitit, ex postfacto conualescat, vt in specie *l. rem alienam* 41. *D. de pignor. act. l. si Titio* 22. *D. de pignor. l. cùm res* 5. *C. si alien. res pignor. dat. sit.* Et ob id nimirum *in d. §. cùm prædium,* loquitur Papinianus de vtili Seruiana, non vt significet quasi Seruianam, quę ipsa nihil nisi directa hypothecaria est, sed vt hypothecariã vtilẽ, cùm de directa dubitari nõ oporteret, quia competere nullomodo posset. Ratio autem illa *qui numquam debitoris fuerunt,* non tam eò pertinet, vt intelligamus cur in eos fructus non detur vtilis hypothecaria, Quàm ne quis putaret directam quoque posse competere, ob id, quòd quæstio pignoris nulla cum iure dominij societate coniungatur. Directa námque ideò non competit, quia fructus illi quamuis ab eo fuerint primùm obligati, qui dominus fundi fuit, eósque obligandi ius habuit, numquam tamen ipsius fuerunt, quod necesse erat vt pignoris obligatio de iis vtiliter constituta suum in iis effectum habere posset. Et hæc iuris ratio communis est omnibus fructibus à quocunque, siue bonæ, siue malæ fidei possessore perceptis, & siue extantibus, siue consumptis, nisi quòd in consumptis hoc amplius est, quòd pignoris persecutionem admittere numquam possunt, nec si debitoris qui eos obligauit, aliquando fuissent. At si quæras cur nec vtilis hypothecaria danda sit, alia ratio quærenda est, quæ non ex mero iure sumatur, sed ex æquitate, & quæ proinde bonæ fidei possessori soli fauere debeat, non etiam prædoni, vt *in l. penult. in fin. D. ad SC. Trebel.* Et quam tamen non possis ad fructus consumptos extendere, ne quidem in persona prædonis, aut alterius cuiuslibet malæ fidei possessoris, propterea quòd cùm fructus consumpti sunt, per rerum naturam ipsam fiat, ne pignoris iure vindicari possint, tametsi restituendorum ipsorum æquitas non deesset, si natura pateretur. Vnde apparet quàm ineptè post Accursium Bartolus ad Papinianum distinguat, an bona, an mala fide fructus consumpti sint, sic enim ille *ad l. si fundus* 16. *§. in vindicatione num. vltim. D. de pignor.* Quasi vno casu magis quàm alio fieri possit, vt pignoris iure vindicentur. Quod sanè falsum est, non modò si tractes de fructibus, qui à possessore vel bonæ vel malæ fidei consumpti sint, qui casus ideò minorem dubitationem habet, quia debitoris numquam fuerunt, sed etiamsi de fructibus perceptis & consumptis ab ipso debitore, quos certum est non solùm vindicari non posse post cõsumptionem, ipsa rerum natura repugnante, sed neque officio iudicis de hypothecaria cognoscentis venire posse in restitutionem: Tametsi velis addere, & perceptos & consumptos fuisse post litem contestatam: quia vt in superioribus ostendimus litis contestatio facta in hypothecaria contra ipsum præsertim debitorem sicut dominium debitori eripere non potest, ita neque malam fidem inducere in persona illius qui dominus manet, vt ad restitutionem fructuum consumptorũ

quasi extantium obligatus dici possit. Non.n. quod dicimus, eos fructus per Seruianam peti non posse qui debitoris numquam fuerunt, facere debet, vt è contrario argumentari liceat, Peti ergo posse omni casu omnes qui fuerint aliquãdo debitoris. Illud.n. propterea semper requiritur, vt extent, Alioqui neq; vindicari possunt, siue pignoris, siue dominij iure, neque condici per eum, cuius nũquam fuerunt. Vt autem etiam extantes peti nõ possint per directã hypothecariam, illa ratio facit quod nũquã fuerint debitoris. At vt neq; pet vtilẽ illa sola, quòd æquitas, quæ contra dominum ipsum, eundémque debitorem fauet bonæ fidei possessori, multò magis fauendum ei suadeat contra creditorem, qui non plus iuris habere quàm dominus ipse potest, Dominus autem minùs iuris habet quòd ad percipiendos fructus, quàm bonæ fidei possessor qui hac parte domini loco est, vt interim fructus suos faciat perceptione sola citra consumptionem. Superueniens enim consumptio, neque adfert, neque auget acquisitionem, sed acquisitioni addit lucrum, vt numquã eos restituere teneatur, quasi exinde non iam interim, vt anteà, sed absolutè suos factos. Longè namque aliud est fructus acquirere, Aliud lucrari *l.4.§.post litem D.fin.regund.* in quo totus quęstionis huius & cardo & exitus versatur. Cæterùm sola perceptione fructus omnes etiam naturales acquiri bonæ fidei possessori, & quidem pleno iure, vt scriptum est *in d.l.in pecudum* 28. *De vsur.* id est vt interpretati sumus nulla expectata aut vsucapione aut consumptione. Ex eo quoque potest intelligi quod ibidem Caius æquiparat bonæ fidei possessorẽ fructuario, quem nemo vnquam dixit, nõ prius suos fructus facere, quàm eos consumpserit, Cùm tamen minùs iuris habeat, quàm bonę fidei possessor quod ad instans & celeritatem acquisitionis, vt diximus *ex d.l.si fructuarius messem* 13. *D.quib.mod.vsusfr. amitt.* Nisi quòd bonæ fidei possessor ab initio suos quidem facit sola separatione à solo ante perceptionem, & quisquis ille sit qui eos separauerit, adeóque pleno iure, sed interim tantùm, fructuarius verò non quidem ante perceptionem, sed exinde & pleno iure & absolutè. Illa quoque secunda nostrorum distinctio circa fructus in actione hypothecaria officio iudicis restituendos omnino improbabilis est, An de fructibus naturalib. tractemus, an de industrialib. quos possessor ipse seuerit. Quasi faciliùs permittendum sit in eo actionis genere, vt fructus naturales in restitutionem veniant, quàm industriales. Nam quemadmodum ius bonæ fidei possessoris in omnibus percipiendis fructib. æquale est, omnésq; pari modo statim atq; à solo separati sunt, acquiruntur ei interim pleno iure *d. l.bonæ fidei* 48. *De acquir.rer.domin.d.l.in pecudum* 28. *D.de vsur.* Ita & fatendum est non plus iuris habere creditorem agẽtem hypothecaria ad iudicis officium extorquendũ pro fructibus naturalibus, quàm pro industrialibus, siue extent, siue consumpti sint, Cùm omnes possessoris lucro cedere debeãt, etiam qui post litem contestatam percepti sunt, nec tantùm in bonæ fidei possessore id obtinet, sed etiam in prædone, dummodò non sint fructus ipsi specialiter obligati, vt *in d.§.cùm prædium l.1. D.de pignor.* Sed huius distinctionis inducendæ causam sumpserunt interpretes ex eo, quòd putant, In alia quæstione illa De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis adhibendã esse distinctionem inter fructus industriales & naturales, Vt industriales quidem statim & pleno iure acquirantur omnimodo bonæ fidei possessori, naturales verò non aliter, quàm si consumpti sint. Nec enim aliter sibi visi sunt posse conciliare tot iuris locos, qui secum inuicem pugnare videntur. Nos longè aliter *lib.3.Coniect.ca.*17. nec nouæ nos adhuc pœnitet nostræ sententiæ.

ERROR

ERROR QVINTVS.

De actione Pauliana.

REDEVNDVM nobis iam est ad institutũ tractatum de actionibus arbitrariis. Nec enim absolutus esse potest quousque de omnibus iis actionibus,quæ in hoc numero sunt aliquid dixerimus. In quarum numero an Pauliana censeri debeat quæ aliquando reuocatoria,aliquando fraudatoria appellatur,nonnulli dubitant:Ob id potissimùm quòd eam inter arbitrarias non enumerauerit Iustinianus *in §.præterea Inst.de act.*Sed debili argumento,cùm eo loci profiteatur Iustinianus,non omnes arbitrarias à se enumeratas esse,sed alias quoque nonnullas inueniri enumeratis similes,perindéque arbitrarias,tam in rem,quàm in personam,in quibus omnibus permittitur arbitrio iudicis ex bono & æquo secundum cuiusq;rei,de qua actum est naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.Siue igitur Pauliana hæc actio in rem sit,vt idem Iustinianus credidit *in §. item si quis in fraudem eo. tit.*siue in personam,vt nos defendimus,&ex vera iuris ratione contra Iustinianum disputauimus *lib.*20.*Conect.cap.*16.nihil vetat esse illam arbitrariam,dum modò arbitrariarum actionum definitio ei conuenire possit. Cùm igitur arbitrariarum nomen ex eo sumpserim,quòd ex iudicis arbitrio pendeant, videamus an in actione Pauliana sit aliquod arbitrium,& quale demum illud sit. Arbitrium aliquod esse negari non potest, indéque factum etiam vt iudex de hac datus actione arbiter dicatur *l.ex his* 8.*D.quæ in fraud.credit.* Post quæstionem quam Paulus ex Proculo in lege præcedente proposuerat,si debitor in fraudem creditorum minore precio fundum scienti emptori vendiderit,deinde hi quib. de eo reuocando actio datur,an precium restituere debeat,Cùm retulisset Paulus existimare Proculum omnimodo restituendum esse fundum,etiamsi preciũ nõ soluatur,subiũgit Venuleius,ita hoc accipiendum, vt ne quidem portio vlla emptori reddenda sit ex precio , Posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animaduertendam, Vt si nummi soluti in bonis extent, id est siue extent illi ipsi qui soluti sunt,siue aliquid ex iis comparatum sit, propter quod videri possint retenti in corpore patrimonij,vt *in l.idem seruandum* 72.*De legat.*2. iubeat arbiter eos reddi,vt ea ratione neuter fraudetur.Dixi *apud arbitrum*, quia sic legẽdum puto,non vt vulgò *apud arbitrium.* Sequitur enim *iubeat eos reddi*, quæ verba non nisi ad personam arbitri referri possunt. Cur verò *arbitrum* dixit Venuleius,nisi vt significet pendere ex iudicis dati arbitrio, ad quem modũ ex bono & æquo satisfieri actori oporteat? Sed hoc ipsum apertiùs expressum est ab Vlpiano *in l.ait Prætor* 10.*§.& fructus* 20.*eod.tit.*vbi ait, & fructus non tãtùm eos qui percepti sunt,verùm etiam qui percipi à fraudatore potuerunt,venire in hanc actionem,sed cum aliquo modo & temperamento,scilicet vt sumptus facti deducantur, *nam arbitrio iudicis* inquit,*non priùs cogendus est rẽ restituere,quàm si impensas necessarias consequatur.*Ideq; probãdũ esse etsi quos alios sũptus,id est non necessarios, sed vtiles rãtũ aut voluptarios ex volũtate fideiussorũ debitoris,creditorũq; fecerit.Sic.n.lego & intelligo quod scriptũ est in fine eiusdẽ §. Ex quo euidẽtissimè apparet in huiusmodi actione fieri restitutionẽ arbitrio iudicis,& cõseqũẽter nõ nisi ex bono & æquo,siquidẽ arbitriũ omne iudicis semper bonũ & æquum esse oportet. Nec illud minus obseruatione

Pauliana conuenitur. Id enim numquam bonæ fidei possessor est licèt sit dominus, cùm ab initio sciuerit aut scire debuerit futurum vt rem illam restituere quandoque teneretur. Et ideò æquum non est vt impensarum deductionem illam habeat quam alius quilibet bonæ fidei possessor habet, nisi cùm ex eorum voluntate factæ sunt contra quos deductio postulatur, Vt solemus dicere de vtilibus impensis in res dotales factis *l. vtilium 8. D. de impens. in res dotal. fact. l. vnic. §. taceat versic. sed nec ob impensas Cod. de rei vxor. act.* Nam & similiter maritus licèt plusquàm bonæ fidei possessor sit, cùm sit & dominus, quia tamen impendit in rem quam scit aliquo casu fore obnoxiam restitutioni, deterioris hac parte condicionis est, quàm cæteri bonæ fidei possessores. Denique Paulianam actionem arbitrariam esse vel ex eo maximè constat quòd arbitrariarum actionum natura & definitio ei conuenit, cùm in ea sicut in cæteris arbitrariis ita eueniat, vt si reus rem alienatam in fraudem non restituat, condemnandus sit, si restituat absoluendus *dict. §. prætereà,* Iunct. *l. vltim. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* vbi Venuleius ait, si à socero fraudatore sciens gener acceperit dotem, teneri eum hac actione, & si eam restituerit desinere illum dotem habere, nec quicquam emancipatæ, diuortio facto restituturum, quia hæc actio, inquit, rei persequendæ gratia non pœnæ nomine datur, ideóque absolui solet reus si restituerit. Ergo è contrario condemnari si non restituat, scilicet ad id quod interest actoris, vt solent dari actiones omnes in factum, In quo genere hęc quoque continetur *l. hac in factum 14. eod. tit.* vbi Vlpianus scribit hac in factum actione non solùm dominia reuocari, verùm etiam actiones restaurari. Ea propter cōpetere hanc actionem etiam aduersus eos quibus actio cōpetit vt actione cedant, nō minùs quàm aduersus eos qui res possidēt vt restituant. Sic enim lego detracta negatione quæ abundat in illis verbis *qui res non possident* cùm actio ad restituendum numquam dari possit, contra eum qui restituendi facultatem non habet *l. officium 9. in fi. D. de rei vindic.* nisi cùm per eum factum est ne habeat puta si dolo malo desierit possidere, quo casu pro possessore, & habetur & condēnatur. Idémq; in reuocatoriis omnibus iuris est, per quas scilicet quāuis in personā fiūt, res tamen ipsa potiùs quàm persona cōueniri intelligitur, vt Papinianus in specie nō valde dissimili loquitur *in l. denique 19. D. de iur. fisc.* Sed maximè cùm agitur de reuocādo dominio, vt *in d. l. hac in factū,* quod sicut non nisi per traditionem amittitur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* ita nec sine traditione restitui potest, nec rursus à non possidente fieri traditio, quæ ipsa nihil nisi translatio possessionis est. Et certè quid absurdius dici potest, quàm dari actionem reuocatoriam contra eos qui non possident vt restituant? Aut quonam obsecro colore posuisset Tribonianus actionē Paulianam inter actiones in rē, si pro corporibus posset cōpetere etiam contra non possidentē? Sanè pro actionibus quæ quoniam incorporales sunt & in iure consistunt possideri nullomodo possunt, & quæ tamen per hanc Paulianam actionem perinde atq; corpora reuocantur, necesse est ius & vt ita dixerim cōpetentiam actionis pro cessione esse, eiúsq; cessionē pro traditione. Denique generaliter verum est quod idem Vlpianus scribit *in l. ait Prætor 10. §. prætereà generaliter eod. tit.* Ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinū statum, siue res sint, id est corpora quæ alienata fuerint, siue obligationes vt perinde omnia reuocentur acsi liberatio facta nō esset. Propter quod, inquit, etiam medij temporis cōmodum quod quis liberatione non facta consequeretur, præstandum erit, dum vsuræ non præstentur si in stipulatum deductæ non fuerint, aut ni talis contractus fuit in quo

Digitized by Google

vsuræ deberi potuerunt etiam non deductæ. Nam & hîc quoque vulgata lectio emendanda est quæ sic habet *aut si talis contractus fuit*, nisi malis tollere articulum *si* vt eum supplere possis, non solùm, sed cum sua negatione posita in verbis proximè præcedentibus, quibus expressa est condicio illa negatiua *si non in stipulatum deducta fuerint.* Secundum quam exceptionem duplicem, intelligi necessariò debet quod Papinianus tractat *in d.l.denique* 19. *De iur.fisc.* non esse præstandas vsuras pecuniæ quæ reuocatur. Nec si eam fiscus ex suo priuilegio reuocet, quoniam inquit, res non persona conuenitur. Et hoc quoque ostendit euidentiùs Paulianam actionem esse arbitrariam, cùm in arbitrariis omnibus iudex arbitrari possit, & debeat ex bono & æquo quemadmodum actori satisfieri oporteat *dict. §. prætereà.* Æquitas enim non patitur vt extra causam iudiciorum bonæ fidei & alias nonnullas vsuræ debeantur citra vinculum stipulationis *l.3. Cod. de vsur. l. Titius* 24. *D. de præscript. verb.* Fructuum alia ratio est qui cùm sint accessiones naturales faciliùs interpretationem illam æquitatis admittunt vt veniant in restitutionem, non tantùm ex die litis contestatæ, vt in omnibus etiam strictis iudiciis *l.2. l. videamus* 38. *§. si actionem D. de vsur.* sed etiam antè litem contestatam vt in condictionibus per quas repetit actor id quod eius aliquando fuit *dict. §. si actionem, & l. indebiti* 15. *D. de condict. indeb.* Veniunt igitur etiam in Paulianam, nec tantùm qui percepti sunt, sed etiam qui percipi potuerunt à fraudatore *dict. l. ait Prætor §. & fructus*, quia per hanc actionem restitui res debet cum sua scilicet causa *§. per hanc ibid.* Sed hoc tamen cum aliqua distinctione. Nam ij demum fructus ante litem contestatam percepti veniunt qui alienationis tempore terræ cohærerunt, quia in bonis fraudatoris fuerunt. Item illi qui post inchoatum iudicium percepti sunt. Medio autem tempore percepti non veniunt, vt neque partus ancillæ per fraudem alienatæ, & medio tempore editus, quia in bonis non fuerunt *dict. l. vltim. §. non solùm & seq. eod. titul.* nempe quia hæc actio sui natura reuocat tantùm ea quæ in fraudem alienata fuerunt, in quo numero non possunt esse illa quæ debitor numquam in bonis habuit, quia nec alienari potuerunt, licèt non fuerit ea possessor habiturus si alienatio nulla facta fuisset. Cui non est contrarium quod diximus ex *dict. §. prætereà*, generaliter, perinde omnia reuocari acsi liberatio facta non fuisset, ideóque præstandum etiam esse medij temporis commodum, quod quis liberatione non facta consequeretur. Id enim sicut ad obligationes & actiones pertinet, non ad dominia circa quæ nihil de liberatione tractari potest, ita de fructibus rerum corporalium intelligi non debet, qui quoniam iure soli & dominij percipiuntur *l. qui scit* 25. *§. 1. de vsur.* non ad alium pertinere possunt quàm ad possessorem qui medio tempore dominus fuerit, eósq; suo iure perceperit. Neq; verò Pauliana datur eo colore quasi res in fraudem alienata numquam acquisitoris fuerit, sed quasi sit adhuc hodie in bonis debitoris, vt scilicet reuocari possit & venire in venditionem bonorum debitoris, quod fieri non posset si alienatio non reuocaretur inducta huiusmodi fictionis potestate. Quæ fictio cùm sit mendacium non nisi ex necessitate induci debet. Necessitas porrò eius inducendæ nulla est nisi quantum ad rem ipsam, quæ aliquando fuit debitoris, non etiam quantum ad fructus qui numquam eius fuerunt. Exemplo eius quod alibi docuimus, Circa fructus legatorum, Non eandem iuris fictionem in iis locum habere quæ locum habet in legatis ipsis, quæ vt effectum illum sortiri possint qui necessarius est ad voluntatem testatoris conseruandam, vt recta via transire possint à testatore in legatarium, sic necessa-

necessariò habenda sunt vt numquam videantur facta heredis *l. legatum* 80. *de leg.2.l.à Titio* 64. *De furt.* iunct. *l.si ego* 9. *§.si res D.de iur.dot.* At in legatorum fructibus non idem respondemus, quia non sunt ipsi in legato, ideóque nec ad legatarium pertinent nisi ex die litis contestatæ *l.1.& tot.tit.C de vsur.& fructib. legat.* Præterquàm si mora aliqua ante & citra litis contestationem facta sit *l.in minorum* 3. *Cod.in quib.caus.non est necess.in integr. restit. l.Titia Seio* 87. *§.vsuras De legat.2.* Non enim eadem subest necessitas retrofingendæ acquisitionis propter fructus legatorum quæ propter legata ipsa, quorum acquisitio alioqui impediretur si retrofictio illa cessaret. Idem ergo in Pauliana euenit vt alia rei per fraudem alienatæ ratio habenda sit, alia fructuum ex ea re post alienationem perceptorum. Idque ex æquitate illa quam iudex in arbitrando habere ante oculos debet, cùm æquitas suadeat reuocari quidem alienationem à debitore factam in fraudem creditorum, at nō etiam acquisitionem fructuum medio tempore ab emptore perceptorum, qui sicuti numquam debitoris fuerunt, ita nec ab eo in creditorum fraudem alienari potuerunt. Præter id quòd nec bona cōsecutio est vt eos percepturus fuerit debitor si fundum non alienasset, quandoquidem fieri poterat vt etiam nulla facta alienatione nullos tamen fructus debitor perciperet, si fortè nullam pro iis percipiendis culturam & curam impēdere voluisset. Fructus enim tametsi iure soli non seminis percipiantur, vt diximus, non tamen sine semine, nec sine cultura curáve aliqua percipiuntur *§. si quis à non domino Inst.de rer.diuis.* Ex hoc igitur tantò magis intelligimus Paulianam actionem esse arbitrariam, in qua nisi arbitrio iudicis res in fraudem alienata restituatur, condemnatio fit, ad id scilicet quod interest actoris, Non tamen quanti actor sua interesse in litem iurauerit. Nec enim tale iusiurandum alij vnquam conceditur, quàm ei qui rem suam petit, & ob aduersarij restituere nolentis contumaciam vendere illam cogitur, non etiam ei qui rem alienam persequitur, licèt alienatam in fraudem vt supradicto Cōiecturarum loco probauimus. Quamquam in actionibus Fauiana & Caluisiana, quæ ad Paulianam proximè accedunt aliter vtrumque obseruatur, id est, & quod ad fructus attinet, & quod ad iusiurandum in litem, vt sequenti capite dicemus.

ERROR SEXTVS.

De actionibus Fauiana & Caluisiana.

PAVLIANÆ actioni de qua proximè diximus simillimæ sunt Fauiana & Caluisiana, de quibus nunc dicendum nobis est. Sunt enim ambæ perinde reuocatoriæ, & ad ea reuocāda pertinēt, quæ in patroni fraudē alienata proponūtur. Differūt tamē à Pauliana in quibusdā, & ideò videndū est an æquè sint arbitrariæ, & quale in iis arbitriū iudicis esse debeat. Arbitrarias esse fatētur etiam illi qui ex arbitrariarū numero alias tā multas tollūt, quāuis nulla istarū mentio fiat *in §.præterea Inst.de action.* Et sanè iis non minùs quàm Paulianæ conuenit arbitrariarum definitio, quia pendent ex arbitrio iudicis, ita vt nulla ex iis possit sequi condemnatio aut absolutio nisi arbitrio iudicis præcedente cui reus parēre vel voluerit, vel recusauerit. Quisquis enim siue Fauiana, siue Caluisiana actione conuenitur ob ea quę libertus, siue testatus posteà, siue intestatus in fraudem

patroni alienauerit, iubetur primùm restituere quicquid alienatū est in fraudē quam ipse participauerit, Tū si restituat & arbitrio iudicis pareat absoluendus est, si non pareat condemnandus. Et quidem arbitrium iudicis aliquod in his actionibus interuenire[de vtraque enim simul loquor,quia inter se conueniunt in omnibus, nec in alio differunt, nisi quòd facto testamento Fauiana locū habet, Caluisiana autem liberto mortuo intestato *l.1.§.aduersus l.3.§.patronum & seq.D.si quid in fraud.patr.l.2.C.eo.*]satis apertè docet Vlpianus *in d.l.1.§.si quis in fraudem*, vbi quærit, si quis in fraudem patroni rem aliquam vendiderit, vel locauerit, vel permutauerit, quale debeat esse arbitrium iudicis, Et ad quæstionem respondet, adhibendas esse multas distinctiones, de quibus nunc tractare nihil attinet, sed ex quibus tamen apparet, arbitrium iudicis tale semper esse debere vt res quæ in fraudem alienata fuit restituatur patrono, sed adhibitis pro circumstantiarum veritate plerisque temperamentis æquitatis, cuius præcipua ratio haberi solet in actionibus arbitrariis quòd ad arbitrium duntaxat, non etiam quod ad condemnationem vel absolutionem, quæ certa semper est non in arbitrio iudicis posita, vt in præcedentibus explicauimus. Debet enim iudex pro arbitrio suo æstimare ex bono & æquo quemadmodum actori satisfieri oporteat, vt scriptum est *in dict.§.prætereà*, sed si arbitrio non pareatur, tum verò non modò præcisè & distinctè, sed etiam seueriter condemnare illum debet, Ita vt dici quodammodo possit actiones arbitrarias, quæ nec bonæ fidei sunt nec stricti iuris, medium quodammodo locum inter has, & illas tenere, vt ratione arbitrij sint veluti bonæ fidei, quatenus bona fides æquitatem semper adnexam habet, stricti verò iuris ratione condemnationis. Non quasi minùs plena semper in iis fiat condemnatio, quæ religioni & sacramento actoris plerumque permittitur vt in vindicatione, Publiciana, & aliis nonnullis, qua condemnatione grauior alia vix vlla esse potest, sed quoniam non est in arbitrio iudicis vt ex legibus debitæ condemnationi addat quicquam vel detrahat, siue talis actio sit in qua iurari in litem oporteat, siue talis quæ condemnatione eius quod interest, aut alia leuiore contenta sit. Eòdem pertinet quod idem Vlpianus scribit *in dict.l.1.§.si seruo eodem titul.si quis in fraud. patron.* Si seruo meo vel filiofamilias libertus in fraudem patroni quid dederit, competere Fauianum iudicium aduersus me, vel aduersus patrem, & ita quidem competere, vt debeat sufficere, nec prætereà necesse sit dari actionem de peculio & de in rem verso, quoniam arbitrio iudicis contineatur tam id quod in rem versum est condemnandi quàm id quod in peculio, id est quòd iudicis arbitrium tale esse debeat, vt iubeat dominum vel patrem actione Fauiana conuentum id omne præstare quod alioquin ordinariis actionibus De peculio, vel De in rem verso præstare teneretur. Quidni enim arbitrio huiusmodi contineatur ex æquitate, quicquid in actiones illas veniret, quæ sicuti sunt prætoriæ, ita æquitatem semper pro causa habent? Obseruandum verò est, quòd condemnandi verbo Vlpianus vtitur, cùm de arbitrio tractat, Non quasi arbitrium iudicis in arbitrariis verè condemnatio sit, quod nos negauimus, sed quia condemnationis vim & effectum obtinet, si ei parere velit reus, cùm eo casu nihil nisi absolutio sequi possit, nec actor aliud consequi quàm quod in arbitriū fuit deductum, Vt proinde cōdemnationis quodāmodo vice sit, Quandoquidē nec alius cōdēnationis effectus esse potest, nisi vt satisfiat actori. Quo etiam sensu accipi debere videtur, quod Paulus scribit *in l.si ex diuerso 35.§.1.D.de rei vendic.* Vbi alienū fundum

fundum

fundum petij & iudex sententia sua declarauit meum esse debere illum etiam de fructibus eodem errore possessorem condemnare, id est sic arbitrium concipere vt iubeat possessorem non modò fundum sed etiam fundi fructus restituere, vt posteà vel absoluere eum possit vel condemnare. Sicut & *in l. qui restituere*, Tribonianus sub Vlpiani nomine scribit, si is qui restituere iussus est, arbitrio non paruerit cùm posset, & ab eo manu militari possessio translata sit, adhuc tamen fructuum & omnis causæ nomine condemnationem fieri oportere. Sensus enim est debere arbitrari iudicem vt fructus omnes restituantur, & omnis causa, ac ni restituantur, condemnare reum eo nomine, ad fructuum scilicet, atque omnis causæ æstimationem, & si quid prætereà ex hac causa intersit, Non autem, vt ad fructuum restitutionem rectà, nullóque præcedente arbitrio reus condemnetur. Debet enim id fieri per arbitrium non per condemnationem, nisi quatenus arbitrium, vt dixi, condemnationis loco est. Idem in Fauiana actione contingit vt quoniam arbitraria est arbitrium iudicis contineat de fructibus quoque restituendis, Nec tantùm de iis, qui post litem contestatam percepti sunt, de quibus tractat Vlpianus *in dict. l. 1. §. vltim.* [nam & in quamlibet actionem quantumuis strictam illi venirent *l. videamus* 38. *§. si actionem D. de vsur.* Sed etiam de præteritis, id est qui ante litem contestatam percepti fuerint vt ex Marciano subiicitur *in l. 2. eodem ill. tit. si quid in fraud. patron.* quoniam Prætor omnem fraudem libertorum, vt ea lex ait, vult rescindere, quam tamen non in totum rescinderet si maneret illa, quod ad fructus præteritos, impunita. Quod tamen mirum videri possit ex iis quæ diximus superiore capite de Pauliana in quam non alios fructus venire docuimus, quàm qui vel post acceptum iudicium percepti sint, vel fundo cohæserint tempore alienationis in fraudem creditorum factæ, & ita in bonis debitoris aliquando fuerint *l. vlt. §. nō solum & §. fructus autem D. quæ in fraud. credit.* Nam cùm vtraque actio tam Fauiana & Caluisiana, quàm Pauliana sit reuocatoria eorum, quæ in fraudem alienatæ sunt, nec in alio differre videantur, quàm quòd per Paulianam ea tantùm reuocantur, quę in fraudem creditorum alienata probantur, Per Fauianam verò & Caluisianam ea, quæ in fraudem patronorū. Difficile videtur dicere cur plenior sit quantū ad fructus Fauiana & Caluisiana quàm Pauliana, Pręsertim cùm creditorū causa tantò fauorabilior videri debeat quòd certant illi de dāno vitādo, Patroni verò succedētes libertis de lucro captando. Nā & inde est, quod in ipsa etiā actione Pauliana multùm interesse placuit an in fraudē eorum facta sit alienatio qui sint creditoris ex causa onerosa, an in eorū qui ex causa lucratiua, vt puta donationis *l. quod autē 6. §. simili modo D. quæ in fraud. cred.* Iunct. *l. non debet 41. §. 1. De reg. iur. l. vlt. §. sin verò creditores C. de iur. delib.* Adde quòd ipsum etiā reuocationis nomen ad ea tantùm pertinere videtur quæ alienata sunt, Alienata porrò intelligi nequeunt ea quæ debitoris numquam fuerunt *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. signific.* Augetur dubitatio ex eo quod inter actiones istas Fauianam & Paulianam Paulus noster nullam hac parte videtur agnoscere differentiam *in d. l. videamus §. in Fauiana*, vt scribit in Fauiana quoque actione & Pauliana fructus restitui, propterea quòd id agat Prætor vt perinde sint omnia atq; si nihil alienatū esset: Ideóq; in vtraq; actione proponēda verbum *restituendi* vsurpauit, quod plenissimam habet significationē vt fructus quoq; restituantur. An ergo quod de fructib. præteritis per Fauianā actionē reuocādis scriptū est *in d. l. 2. si quid in fraud. patr.* sic accipiendū erit, vt ad eos fructus coāgustetur qui fundo cohæserint tēpore alienationis? An potiùs sic Paulū

interpretabimur, vt in vtramque quidem actionem veniat restitutio fructuum, sed pleniùs in Fauiana quàm in Paulianam. Posset enim dici pro hac interpretatione, pleniorem esse Fauianam debere, quòd instar vniuersalis actionis habere intelligatur, cùm ab eo exerceatur qui liberti sui successionē iure quodam hereditario persequitur. In petitione autem hereditatis constat venire fructus, non tanquam accessiones, sed tanquam portionem aliquā hereditatis, quæ cùm in iure consistat, augmentum recipit, & diminutionem *l. item veniunt 20. §. item non solum*, iunct. *l. hereditas 50. & l. seq. §. 1. D. de petit. hered.* Sed tamen si verum amamus, fatendum est multùm distare petitionem hereditatis siue ciuilem, siue prętoriam & possessoriam quę datur bonorum possessori à Fauiana & Caluisiana, quæ speciales actiones sunt, non de vniuersitate, & ad reuocanda tantùm ea competunt, quæ in fraudem alienata sunt, non etiam ad vindicandā liberti successionem, quamuis neutra competat nisi mortuo demum liberto siue testato, quæ Fauiana est, siue intestato quæ Caluisiana. At neque verum est in petitionē hereditatis quālibet venire fructus omnes qui venirent in petitionē hereditatis ciuilē. Excipienda enim est fideicōmissaria, in quam constat nō venire fructus nisi ex quo die mora restitutioni facta est, quoniā qui rogatus est hereditatem restituere id tātùm videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis. Fructus autē nō hereditati sed rebus hereditariis accepto feruntur, vt eleganter & subtiliter ratiocinatur Vlp. *in l. in fideicōmissaria 18. D. ad SC. Treb.* Verius igitur est, quod de fructibus quoq; præteritis per Fauianā & Caluisianā reuocandis scriptū est à Marciano *in l. 2. si quid in fraud. patron.* de iis duntaxat fructib. esse accipiendū qui fundo cohæserint tēpore alienationis in fraudē patroni factæ, ita vt quod ad fructus pertinet, nulla sit differētia inter Fauianā aut Caluisianā & Paulianā. Et sanè dici nō posset cu[m] de fructibus post litē contestatā perceptis locutus esset Vlp. *in d. l. 1. §. vlt.* si de omnibus præteritis fructibus idē sentiendū existimasset. At quoniā in iis quoq; fructibus fraus facta intelligi debet qui tēpore alienationis in fraudē patroni factæ, fundo & terræ cohæserūt, fuit subiungendū ex Marciano *in d. l. 2.* prǽteritos quoq; fructus in Fauianā & Caluisianā venire quatenus Prætor omnē libertorū fraudē vult excludere. Quæ ratio satis ostēdit nō esse adeò generaliter accipiendā Marciani sentētiā vt ad fructus omnes præteritos referatur, quasi indefinita semper æquipollere debeat vniuersali, cùm ratio sit specialis & ad eos tātùm fructus accōmodata qui debitoris aliquādo fuerūt: in quo numero non alij censeri possunt, quàm qui alienationis tēpore in rerū natura, & veluti pars quædā fundi extiterūt. Qui. n. ab eo tempore percepti sunt vsq; ad dictatū Fauianæ actionis iudiciū, neq; tāquā principale quid in actionē & condēnationē venire possunt, cùm alienati nūquam fuerint, neq; tanquam accessiones cùm eos possessor perceperit iure suo, vtpote factus dominus per acquisitionē quāuis factā in fraudē patroni. Nec. n. fraus liberti etiā participata ab emptore impedit trāslationē dominij, alioqui nō esset tractādū de reuocatione, si alienatio nulla præcessisset. In eo planè melioris cōdicionis est patronus agēs Fauiana vel Caluisiana, quàm sit creditor agēs Pauliana, quod creditori non aliter Pauliana accōmodatur, quàm si probet nō tātùm à debitore captato fraudis cōsilio factā esse alienationē, sed etiā ab eo emptore participatā esse fraudē, aut factā esse alienationē ex causa aliqua lucratiua, vt suprà diximus ex *d. l. quod autem 7. §. simili modo D. quæ in fraud. cred.* At Fauiana, itēq; similiter Caluisiana datur patrono probanti factā à liberto quoquomodo alienationē in fraudē, licèt alienatio facta sit titulo qui sit onerosus ex parte acquisitoris, nec probetur acquisi-

tor

tor fraudem participasse. Quicquid.n.dolo malo liberti factum esse dicetur siue testamēto facto, siue intestato libertus decesserit quo minùs quàm pars debita bonorū ad eorū quē perueniat, qui cōtra tabulas bonorum possessionē accipere possūt, cognoscit prætor & operā dat ne ea res illi fraudi sit, vt præfatur Vlp. *in d.l.1.in prin.* Quod ipsum posteà sic interpretatur *in §.dolū*, vt dolū malum accipere nos oporteat eius, qui alienauit, nō eius cui alienatū est. Vnde euenire subiicit, vt qui fraudis vel doli cōscius nō fuit, carere debeat re in fraudem alienata etsi putauit ingenuū, aut credidit libertinū eū qui alienauit. Et hoc est quod mirabile videri sanè debet, Melioris esse cōdicionis patronū reuocātē ea quæ in ipsius fraudē alienata sunt à liberto, quàm sit creditor in reuocādis alienatis per debitorē, cùm certet patronus de lucro captādo, creditor aūt de dāno vitando: Cōtrà quàm in cæteris personis seruari soleat ex supradicta iuris regula. Sed exceptionis huius & diuersitatis ratio petenda ex eo est, quòd beneficiū libertatis quam à patrono libertus accepit incōparabile sit, & cōsequenter multò fauorabilius, quàm pecuniæ debitori creditę à creditore, quādoquidē per eā libertatis dationē factū est vt ab eo tēpore capax fuerit acquisitionis libertus qui alioqui māsisset incapax, & omnia quæ sibi acquisiit, pristino domino nūc patrono acquisiuisset. Nō.n.debet beneficiū patroni esse illi captiosum aut onerosum *l.si filio 9.D.vt legat.seu fideic.seruād.caus.caueat.l.si manumissori 4.C.de obseq.patron. præst.* Nec vlli permittēdū vnquā est vt obiiciat aduersario factū id ex quo ipse lucrū senserit *l.si extraneus 33.l.cùm in fundo 78.§.quòd si mulier D.de iur.dot.* Est igitur fauorabilior patronus quàm alius creditor quilibet in reuocādis iis quæ in fraudē alienata sunt, & quia odiosior est libertus fraudator, quàm alius quilibet debitor, & quoniā nō tā de lucro captādo certat quàm de dāno vitādo, cùm etiā postquàm debitā portionē cōsecutus fuerit ex bonis liberti, minùs tamē sit habiturus, quàm fuisset si libertatē seruo nō dedisset: quomodo in patre manumissore filij emācipati ratiocinatur Vlp. *in l.1.in prin. D.si à parent.quis manu.sit.* Sed & in eo quoq; melior Fauianę iteq; Caluisianæ quàm Paulianę actionis cōdicio est, quod in Fauiana & Caluisiana si res quæ in fraudē alienata est nō restituatur tāti cōdēnatur reus, quāti actor in litē iurauerit *l.tenetur 5.§.1.D si quid in fraud.patr.* quod de Pauliana nūquam similiter proditū est. Mirabilius verò hoc etiā videri debet, siquidē nō alij quàm domino rē suam petēti siue per arbitrariā, siue per bonæ fidei actionē permitti solet vt proprio iureiurādo litē ęstimet *l.1.& 2.l.tutor.8.D.de in lit.iur.l.si filiofamilias 25.§.1.D.sol.matr.l.nō enim 9. D.rer.amot.l.eius rei 46.l.nec.quasi 70.cū l.præced.D.de rei vind.* Atqui certū est ea omnia quæ reuocātur per actiones istas reuocatorias nō solùm in dominio aut bonis siue patroni, siue creditoris nō esse, sed nec vnquam fuisse. Cur ergo permittamus patrono Fauianā aut Caluisianā exercenti vt iuret in litem, potius quàm creditori Paulianā ꝓponēti? Verùm eo ex quoq; petēda ratio diuersitatis videtur, quod proximè diximus, Patrono, cuius portioni fraudē facere libertus voluit, per istas actiones succurri nō tā quasi creditori quàm quasi domino, aut ei saltem qui bonorum alienatorum dominus esset hodie si seruum non manumisisset: Quod de cæteris creditoribus dici nō similiter potest. Nec.n.si pecuniā tibi nō credidissem, eo magis nūc haberē in bonis quod tu in fraudē meā alienasti, nec facit Pauliana, vt res in fraudē alienata fiat in bonis meis etiā post reuocationē, sed tātùm vt veniat in vēditionē vniuersorū bonorū debitoris, acsi in eius bonis & dominio māsisset. Et rursū quāuis nulla fuisset à debitore facta alienatio, nihilo magis fruct⁹ ex eo fundo percepti ad creditorē pertinerēt iure

fructuũ, nec si extãtes proponerẽtur, sed tãtùm in vniuersitatẽ bonorũ venirẽt, tanquã qui in bonis essent,& ex bonis. At bona quæ libertus in fraudẽ alienauit si alienata non essent reperirentur in bonis & vniuersali successione liberti eo tempore quo patronus vel præteritus vel non habens debitam portionem bonorum possessionem contra tabulas liberti acciperet, atq; ita iure quodam dominij,& vniuersalis successionis ad patronum pertinerent. Nihil enim hac parte est inter petitionem hereditatis ciuilem & possessoriam, nisi quòd per hanc vindicatur dominium bonitarium duntaxat, Per illam verò quiritiarium *l.1. & 2. D.de poss. hered. petit.* iunct. *l.1. D. de bonorum possess.* Cæterùm vtroque casu successionem sibi vindicat qui petitionem hereditatis instituit. Ergo vtroque casu etiam iurari in litem potest *l.sed etsi 25.§.hac verba De hered.pet.* Ac proinde tùm quoq; cùm agit Fauiana vel Caluisiana licèt nõ petat hereditatem neq; vniuersali iudicio experiatur, perinde tamen ratio iuris facere videtur vt licere illi debeat iurare, atque si petitione aliqua hereditatis experiretur, quoniam in summa id petit, quod si alienarum non fuisset, veniret hodie in possessoriam hereditatis petitionem, atque ita iure dominij saltem bonitarij per patronum vindicari posset. Vt eadem sit ratio patroni reuocãtis alienata in fraudem suam, quæ esset si alienatio nulla in fraudem facta fuisset, Nempe quod ad rem ipsam alienatam pertinet, non quod ad eius tamen fructus ob eam rationem quam in præcedentibus attulimus.

ERROR SEPTIMVS.

De actione aquæ pluuiæ arcendæ.

ALIQVID dicendum nobis est de hac quoque actione Aquæ pluuiæ arcendæ, de qua tractatus rarior quidem est, sed tantò fortassis vtilior. Illa verò primùm occurrit inspectio, An arbitraria sit actio, necne, Quod vbi discusserimus, etiam quæ natura & condicio eius sit, statim apparebit. Arbitrariam esse nemo fortassis ante nos dixit. Imò nec an arbitraria esset fortasse quisquam quæsiit ante illos contra quos disputamus. Illi enim arbitrariam esse audacter negant quod nos contrà adfirmamus, Negandi caussam duplicem adferunt. Illam primùm, quòd non alias actiones arbitrarias volunt agnoscere, quàm quæ sint ex iurisdictione Prætoris, Hanc autem farentur esse ciuilem,& ex lege duodecim tabularum descendere. Nam nec *in tot. tit. De aqua & aqua pluu. arcend.* fit mentio vlla edicti Prætorij, nec alio vllo iuris loco hæc actio inter Prætorias nominatur. Imò verò legitima dicitur *in l. si vsusfructus 22. in fin. D. ill. tit.* & ex verbis illis legis 12.tab. *si aqua pluuia nocet* quæ Pomponius refert *in l. Labeo 21.D.de statu lib.* & sic interpretatur, *id est si nocere poterit,* Vt & illa de qua *in l. si per publicum 5. D.ne quid in loc. publ.* Alteram, quòd sicuti actiones familiæ erciscundæ & Communi diuidundo licèt arbitria dicantur, non tamen sunt actiones arbitrariæ, sed inter eas quæ bonæ fidei sunt adnumerantur, *§.actionum Inst. De action.* Ita & actio Aquæ pluuiæ arcendæ arbitrium quidem dicitur *in l. quod Principio 23.§.vltim.D.de aqua & aqua pluu.arcend.* sed nihilo tamen magis est actio arbitraria, at stricta potiùs vt actio, inquiunt, finium regundorum. Nos verò in contrarium dicimus vtramque actionem istam & Aquæ pluuiæ arcendæ,& finium regundorum arbitrariam esse potiùs quàm arbitrium nudum, nec inter actiones quæ stricti iuris sunt, aut inter eas quæ bonæ fidei, posse computari.

Mouetor

Moueor ex eo quòd vtrique actioni conuenit definitio arbitrariarum, nec fieri potest vt actio vlla & arbitrium sit & stricti iuris. Ac primùm de aquæ pluuiæ arcendæ actione videamus, quæ sicuti arbitrium dicitur, ita & arbitrum habere illum qui de ea cognoscit *l. vicinus 24. in princip. & §. 1. & 2. eod. tit.* vbi Alfenus iudicem de huiusmodi actione datũ ter arbitrum appellat. Quo nomine etsi nõ ignoro significari iudicẽ, etiam qui datus sit in actione bonæ fidei & quæ nõ sit arbitraria, vt *in l. 1. in princip. D. de vsur. l. vltim. D. rem pupill. salu. for.* Nego tamen vllo iuris loco significari eum, qui sit iudex actionis strictæ. Quoties enim arbitrum dicimus illũ intelligimus, qui ex æquitate cognoscat & iudicet. Quemadmodum neque arbitrium vllum esse potest quod non habeat comitem & admixtam æquitatem, vt in actione De eo quod certo loco quæ peculiari quodã nomine ac iure appellatur arbitraria scribit Vlpian. *in l. quòd si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.* Ideóque nec arbitri, nec arbitrij nomen potest vsurpari cùm de stricti iuris actione tractatur, quia in eo iudiciorum genere nulla æquitatis ratio haberi potest, sed strictè perueniendum est ad cõdemnationem nullo præcedente arbitrio, quod in arbitrariis præcedere necesse est, nulláque iudici relicta potestate condemnandi pro arbitrio suo reum aut grauiùs, aut leuiùs, secũdũ quod negotij æquitas & religio iudicantis suggerere videatur, quod euenit in bonæ fidei iudiciis omnibus *l. quia tantundem 7. D. de negot. gest. l. quaro 54. D. locat. §. in bonæ fidei Instit. de action.* Implicat ergo contradictionem quòd aduersarij volunt, Aquæ pluuiæ arcendæ & arbitrium esse, & actionem stricti iuris. Atqui arbitrium est vt iidem fatentur, nec tamen bonæ fidei actio, vt ex eo constat quod non recensetur inter alias bonæ fidei actiones *in dict. §. actionum.* Ergo cùm neque actio stricta esse possit, consequens est vt sit arbitraria. Stricta enim opponuntur iis quæ sunt arbitraria vel bonæ fidei *in l. 3. §. in his quoque D. de vsur.* Arbitrium autem dicitur, non eo sensu quo actiones etiam Familię erciscundæ & Communi diuidundo arbitria dicũtur sed propter arbitrium quod interuenire necesse est ac præcedere, vt ob contumaciam rei parêre arbitrio nolentis possit sequi condemnatio: quæ natura, & propria nota est arbitrariarum omnium actionum. Idque ita esse ex eo apparet quod scribit Alfenus *in d. l. vicinus 24. §. vltim.* Si fossas quis fecerit ex quibus aqua pluuia possit nocere, arbitrum si appareat futurum vt aqua pluuia noceat, cogere oportere fossas eum explere, & nisi faceret condemnare. Quid enim hoc aliud est quàm præcedere arbitrium de fossa explenda, & restituendo opere ex quo damnum timetur, Tum si arbitrio non pareatur, sequi debere condemnationem? Aut quid exprimi apertiùs potuit ad arbitrariæ actionis naturam & essentiam demonstrandam? In cæteris enim actionibus quæ arbitria dicuntur, nec tamen sunt actiones arbitrariæ non solùm arbitrium nullum est, quod præcedere debeat condemnationem, sed neque facti quæstio vlla est quæ discuti & per iudicis interlocutionem terminari debeat, priùs quàm ad arbitrium perueniatur: Et quamuis in illis iudiciis condemnatio quoque interdum sequatur, non tamen id fit propterea quòd arbitrio iudicis non pareatur vt in arbitrariis, sed ex æquitate & necessitate ipsius arbitrij, quod in huiusmodi actionibus vix vnquam æquum esse potest, quin & adiudicationes fieri necesse sit, & condemnationes *l. 1. in fin. l. In hoc iudicio 27. l. si pignori 29. l. cùm putarem 36. & pass. D. famil. ercisc. l. si quis putant 6. §. idem Iulianus D. commun. diuid.* Itaque arbitrium non tam sequacem quàm comitem habet condemnationem, nec id semper sed tunc tantùm cùm necesse est, Absolutionem verò numquam, quia numquam arbi-

rij necessitas, quæ condemnationem plerumque secum trahit, potest etiam trahere absolutionem. Nec quod in cæteris omnibus paratus sit vnus ex coheredibus aut sociis parere arbitrio, facere potest vt eo minùs condemnari debeat ab arbitro, qui alioquin æquitatē in arbitrio seruare non posset. At in iudicio aquæ pluuiæ arcendæ omnia sunt diuersa. Primùm enim præcedit quæstio illa facti, An opus nouum factum sit, & à quo, & an tale, ex quo damnum aliquod per aquam pluuiam timeri possit *l.1.& tot.ill.ti. De aqua & aqu.e pluu.arc.* Super quo ante omnia & probationes exquirere & pronunciare iudex debet. Quod Alfenus significat non obscurè illis verbis *si appareat futurum.* Quomodo enim apparebit cōtra negantē si non probetur? Aut quomodo sequi arbitrium poterit, quod æquum videatur De opere restituendo, nisi priùs pronunciatum sit de opere facto, & de damno quod per aquam pluuiam ex illo opere timeri possit? Vbi autem de facto cognitum & pronunciatum est, Sequi debet arbitrium per quod iudex arbitretur, iubeat, & cogat reum opus restituere, & fossas explere, *l. quamquam 4. in fine princip. eod.* In quo arbitrio numquam potest æquitas facere, vt condemnatio aliqua contineatur, quia cùm hæc actio non detur nisi de opere restituendo, necesse est deduci restitutionem operis in arbitrium, vt si arbitrio reus parēre velet actori plenissimè satisfiat citra vllam condemnationē. Quæ cùm semper in pecunia fieri debeat, numquam restitutionem operis continere potest quam constat in facto non in pecunia consistere. Et ideò prius est vt reus arbitrio iudicis parēre recusauerit, quàm vt ob eam causam in aliquam pecuniæ quantitatem condemnandus sit. Quòd si iussus opus tollere nō pareat, tùm verò sequitur cōdemnatio in id quod interest actoris, vt Paulus quoque significat *in l. supra uer 11. §. quod si is fundus eod. tit.* in illis verbis *item si opus restitutum non fuerit non amplius quàm quod pro parte eorum interfuerit opus restitui, condemnationem fieri oportet.* Fit ergo condemnatio non per arbitrium, sed post arbitrium redditum, & per sententiam diffinitiuam, postquam sicuti nullæ supersunt partes iudicis, ita nec ratio vlla euitandæ condemnationis. Sed hîc rursus nugantur aduersarij, & supradicta verba tam Pauli quàm Alfeni referunt ad litis æstimationem, quasi aliud sit litis æstimatio, aliud condemnatio, aut quasi in executione iudicati possit aliqua fieri litis æstimatio, nullo præcedente iudicato. Quæro enim si hæc sententia & condemnatio non est sed potiùs iudicati quædam executio, cùm iudex aquæ pluuiæ arcendæ, condemnat reum ad æstimationem damni futuri quod metuitur ex opere iam facto. Quænam erit obsecro, & vbinam gentium illa sententia quam executioni mandari oporteat? An tùm fortè cùm apparuit & pronunciatum fuit, factū esse opus ex quo timeri possit ne aqua pluuia noceat. Atqui nemo dixerit eam pronunciationem licèt facti quæstionem decidat, condemnationem tamen esse, cùm eiusmodi pronunciatione nemo condemnetur, nec quod contra reum ita pronunciatum est, facere debeat quominus adhuc absoluēdus sit si fortè aut ante secutum arbitriū aut posteà paratus sit opus restituere. An igitur tum condemnatio facta videbitur, cùm opus restituere cogetur reus id est iubebitur? At ne tùm quidem, quoniam arbitrium illud est non condemnatio licèt proximè accedat ad condemnationem. Condemnationem non esse ex eo intelligimus, quòd nulla talis præcepti sit executio authoritate iudicis, sed ita demùm si reus parēre velit. Quo casu tantùm abest vt condemnari posteà possit, vel haberi pro iam condemnato, vt è contrario sit absoluendus, quod à condemnatione siue iam facta siue facienda omnino abhorret, cùm fieri nullomodo possit vt eodem iudicio quis & absol-

& absoluatur & condenetur. Accedit tamen arbitrium illud proximè ad condēnationem, non ob id solùm quòd inter arbitrium & cōdemnationem nihil intercedat, nec possit intercedere præter contumaciam rei nolentis obtemperare arbitrio. Sed etiam quia tùm quoque cùm reus post arbitrium absoluitur, arbitrium condemnationis quodammodo vice est, quippe per quod consequatur actor id omne quod actione sua persequebatur, perindéque ei satisfiat plenissimè cùm reus arbitrio paret, atq; si rei contumacia in non parendo arbitrio condemnationē extorsisset. Propter quam causam dicuntur arbitrariæ actiones dari ad id quod in æquitatem arbitrij deducēdum est potiùs quàm ad id quod in rigorem condemnationis. Dantur enim omnes ad rei de qua agitur restitutionem non ad pecuniariam litis æstimationem cui tùm demùm locus esse incipit, cùm ob contumaciam rei non parentis arbitrio deueniendum necessariò est ad condemnationem, quòd aliter satisfieri actori non possit. *l. item si 4. aliàs l. non solùm §. vltim. & legib. seqq. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Est igitur Aquæ pluuiæ arcendę actio arbitraria cum ea omnia habeat quæ actionum arbitrariarum naturam & essentiam constituunt. Nec quod à lege 12. tabul. originem traxerit mouere aduersarios debuit vt eam negarent esse arbitrariam, sed potiùs vt admitterent, quod volumus, Plerasque arbitrarias esse actiones, quæ tamen sunt ex iure ciuili non ex prætorio, quod & ex iis quæ in sequentibus dicturi sumus clariùs apparebit. Esse autem actionem hanc arbitrariam, manifestiùs constat etiam ex eo quod Vlpianus scribit *in l. si tertius 6. §. officium eod. tit.* Officium iudicis in ea tale esse debere, vt si quidem à vicino cum quo agitur opus factū sit, eum iubeat restituere, damnúmq; sarcire si quid post litē contestatam contigit. Quòd si ante litem contestatam damnū acciderit, tantùm opus restituere debebit, damnum aūt non sarciet. In quo obseruanda sunt verba illa *eum iubeat restituere.* Iubendi enim verbum arbitrij verbum est non sententię & condemnationis. *d. l. quamquam l. qui restituere 68. de rei vindic. l. quod iussu 14. D. de re iudic.* Et quamuis aliis plerisque eiusdem tituli locis scriptum sit arbitrium huius actionis cogere reum debere vt opus restituat, vt *in dict. l. vicinus §. 1. & 2. dict. l. quamquam 4. in princip. & §. idem Iulianus de aqua & aqua pluu. arcend.* Nō tamen de præcisa coactione id intelligi debet, qualis illa est quæ fit in executione iudicati, sed de ea quam interpretes causatiuam vocant, id est, Nisi malit ob non restitutum opus in eam quantitatem condemnari quam iudex pro litis æstimatione taxauerit, vt Alfenus explicat *in d. §. sed et si fossas.* & Paulus *in d. §. quòd si ex fundo.* Et consequenter coactio illa nihil nisi iussus est & præceptum iudicis per modum arbitrij citra vllam aut condemnationem, aut absolutionem. Eodémq; modo accipi debet, quod subiungit Vlpianus *in d. l. si tertius §. Celsus scribit.* Si quid ipse feci quo tibi aqua pluuia noceat, mea impensa tollere me cogēdū, Si quid alius qui ad me nō pertinet, sufficere vt patiar te tollere. Sed & obseruatione dignū illud est, quod in hac Aquæ pluuiæ arcendæ actione, licèt possit arbitriū iudicis tale esse vt nulla dāni ratio habeatur, sc. si damnum ante nō post litem contestatam acciderit, Numquam tamen tale esse potest vt non sit iubēdus reus opus restituere, illáque tantùm distinctio superest an impensa sua iubendus sit opus tollere, an pati duntaxat vt ab actore ipso tollatur secūdū supradictam Celsi & Vlpiani sententiam. Semper igitur restituendi necessitas arbitrio continetur. Numquam in cōdēnatione, quia cùm restituere sit facti, nemo autem ad factum præcisè cogi possit, stulta esset condemnatio de opere ipso restituēdo: quoniā executioni mandari non posset, ob idq; necessariò decurrēdū est

ad litis æstimationem si arbitrio non pareatur, quandoquidem æstimãda lis est, non condemnatio, tùm ipsa litis æstimatio deducenda in condemnationem, Veridiculi sint, qui eam litis æstimationem pro cõdemnationis taxatione accipiũt, non animaduertentes condẽnationem & sententiam valere non posse quæ sine certa quantitate proferatur *tot.tit.C.de sent.quæ sine cert.quant.profer.l.in sententiis* 59.*D.de re iudic.* Non posse autem fieri vt certa sit condemnatio quæ condemnatum obstringat ad faciendum cùm facta omnia tanquam futura quatenus facienda sunt, incerta sint, *l.vbi autem* 75.*§.qui id quod D.de verb.oblig.* Itaq; dicimus in omnibus faciendi obligationibus succedere præstationem eius, quod interest *l.stipulationes non diuiduntur* 72.*l.quoties quis* 81.*l. cùm stipulatus* 113.*§.vlt.eod.tit.l.si quis ab alio* 13.*§.vlt. De re iudic.* sed non in faciendi condemnationibus, quia talis condemnatio nulla est. Hinc pẽdet quòd actio Aquæ pluuiæ arcendæ numquam competit aduersus eum qui restituendi operis facultatem nõ habet, puta aduersus eum qui non sit dominus: quia dominus solus restituere opus potest. Inquit Paulus *in l.si colonus* 5.*D.de aqua & aquæ pluu.arcẽd.act.* iũct. *d.l.quamquam in princip.& §.idem Iulianus.* Adeò vt si is qui opus fecit, potẽtiori vẽdiderit prædium in quo factum opus est, quia desierit esse dominus, agi cũ eo amplius Aquæ pluuiæ arcendæ non possit, sed agendum sit cum eo Quod vi aut clam. Quòd si annus præterierit de dolo iudicium dandum erit *leg. Antæus* 4.*eod.* vbi *quatenus* dixit Paulus pro *quoniam*, vt rationem redderet eius propositionis quæ habet agendum esse in hac specie *Quod vi aut clam.* Quæ propositio negatiuam illam continet. Non igitur competere hoc casu actionem Aquæ pluuiæ arcendæ, quæ scilicet cum interdicto Quod vi aut clam numquam concurrit, quia honorariũ remedium frustra desiderat is qui habet ciuilem actionẽ *l.1.D.de public.in rem act.l.in causa.*16.*D.de minor.l.2.§.vltim.D.vi bonor. raptor.* quamuis latiùs pateat interdictum illud quàm hæc actio. Datur namque interdictum de eo damno quod post litem cõtestatã contigit sicut de eo quod ante. Actio autem non nisi de eo quod postea *d. l. Antæus §. de eo,* quoniã actio hæc futurum dumtaxat damnũ respicit vt & actio damni infecti cùm in reliquis ferè omnibus iudiciis præteritum solummodo præstetur *§.in hoc iudicium ead. lege.* Quæ ratio etiam facit, vt si quis priusquàm aquæ pluuiæ arcendæ agat dominiũ fundi sui cui opus nocet ad alium transtulerit, desinat habere aquæ pluuiæ arcendæ actionem, eáque ad illum transeat cuius ager esse cœpit. Cùm enim damnum futurum contineat, incipiet actio ad eum qui dominus erit pertinere, quãuis cùm alterius dominium esset opus à vicino factum sit. Quomodo ratiocinatur Vlpianus *in d.l.si tertius* 6.*§. si quis eod.tit.* vbi rectè *si priusquam aquæ pluuiæ arcendæ agat, dominium ad alium transtulerit fundi*, quia si post venditionẽ & traditionem quid nocitum sit ei fundo de quo iudicium antè acceptum fuerit, nihilominùs eo iudicio posse venditorem consequi indemnitatem, Nõ tam quia venditori quàm quia rei venditæ damnum datum sit. Ideóque quod erit consecutus emptori restituere debebit *l.post venditionem* 16.*eod.* vbi subiungit Pomponius si antequàm noceatur, is cum quo actum est, vendat, statim id est rectã cum emptore agendum esse, vel intra annum cum eo qui vendiderit si iudicij euitandi causa id fecerit. Planè de eo opere quod post litem contestatam factum sit, nouo iudicio agendum est *d.l. Antæus §. vlt.* quia non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset *l.non potest* 23. *D.de iudic.* Sed interdum tamen etiam opus quod post litem contestatã factum est tolletur, id est si aliud iam factum erat quod tolli sine eo non possit vt ex eodem

Paulo

Paulo subiicitur *in l.sequ.* Ratione scilicet connexitatis, propter quam alia pleraque in iure nostro aduersus communem iuris rationem constituta sunt vt *in l. si tutor* 13. *D.de tutel.& rat. distr. l.tutor post puberem* 11. *C.arbitr.tutel.l.heredes* 25. *§.si vnus ex coheredibus D.famil.ercisc.cum similib.* Sed priusquàm tractatum hûc absoluamus, pluribus dicendum nobis est de sententia, & emendatione *d.l. Anteus in princip.* Mihi enim corruptus locus videtur.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & emendatione l. Anteus 14. *D. de aqua & aqua pluu. arc.*

OBSCVRVM certè non immeritò videri possit quod superiore capite diximus ex Paulo *in l. Anteus* 14. *in princip.* Si is qui opus fecerit, per quod futurũ sit vt aqua pluuia fundo vicini noceat, potentiori fundum vendiderit, quatenus desierit dominus esse agẽdum cum eo Quod vi aut clam, Quòd si annus præterierit, de dolo iudicium dandum esse. Etsi enim ratio aperta illa est cur hoc casu actio aquæ pluuiæ arcendæ locum habere non possit, quoniam non nisi cũ operis domino hæc actio exerceri potest *l. quamquam* 4. *in princ. & §. idem Iulianus D.eo.tit.* Mirum tamen videtur quòd non dat Paulus actionem in factum ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa, præsertim cùm tractet de alienatione facta in potentiorem, Ex qua causa maximè solet ea actio dari cùm hac ratione fiat semper durior condicio aduersarij quia potentioribus pares esse nõ possumus inquit *l.3. in princ. D.de alien.iudic.mut.caus.fact.* Præter id quod sufficeret factam esse dolo malo alienationem iudicij mutandi, aut euitandi gratia vt illi edicto locus esse posset *l.post vẽditionem* 16. *in fin. D.de aqua & aquæ pluu. arc.* Tractari autem à Paulo eam speciem in qua vẽditio facta sit dolo malo, apparet ex eo quod subiungit, si annus præterierit, iudicium de dolo dandum esse contra venditorem. Semper enim actio de dolo supponit dolum, sine quo cõpetere nũquam potest. Porrò fieri nequit vt dolo malo fiat alienatio ab eo qui iam accepit iudicium, quin fiat mutandi iudicij causa, vel euitandi si ponas nõdum accepto iudicio factam esse alienationem: quod postremum sufficit vt illi edicto locus aperiatur *d. l.post venditionem in fin.* Potest quidẽ fieri facilè vt etiã post acceptũ iudiciũ alienatio secuta sit, citra dolum, nec iudicij aut euitãdi aut mutandi causa, ideóq; doli mali mentio adiecta est in edicto *l.item si res* 4. *alias l.non solùm §.si quis autem De alien.iudic.mut.caus.fact.* Sed è contrario fieri non potest, vt in eiusmodi alienatione dolus interueniat quin edictum cõmittatur, licèt non in potentiorem alienatio facta proponatur. Sed & difficile illud est videre quam sententiam aut rationem habeat quod Paulus subiicit *in d.l. Anteus,* Si annus præterierit intra quem interdicto Quod vi aut clam experiri actor potuit, de dolo iudicium ei dandum esse. Certi enim iuris est, actionem de dolo quæ semper subsidiaria est, numquam competere, non solùm quoties alia actio competit, sed neque cùm interdicto aliquo experiri quis potest *l.1.§. ait Prætor vers. vsque adeò D.de dolo.* Nec eò magis dari posse quod tempus actionis aut interdicti competẽtis præterierit quoniam imputare sibi debet is qui agere aut interdicere supersedit, nisi in hoc quoq; dolus malus admissus sit vt actionis vel

interdicti tempus exiret *d.l.1.§.idem Pomponius refert*, quod tamen rarò, nec nisi difficilius accidit. Visa est doctissimo viro Iacobo Cuiacio vtraque obiectio non leuis, vt ex eo colligere possumus, quod ex neutra expedire se potuit. Nam quantum ad primam attinet, fatetur venditionem factam potentiori ab eo qui opus fecerit per quod aqua pluuia nocere vicino possit pertinere ad tractatum De alienatione iudicij mutandi causa facta, Non ad interdictum Quod vi aut clam. De quo etiam in venditorem dando, cùm lex præcedens monuisset satis, frustra, inquit, idem repeteretur *in dict.l. Antæus*. Hisque nimirum rationibus victus concludit deprauatam esse apud Paulum Antæi sententiam & pro illis verbis *Quod vi aut clam* legendum esse *Quod mutandi iudicij causa*. Et quia videt minùs probabilem emendationem esse quàm vt placere vlli possit, Subiungit, Si qui sint qui nolint mutari quicquam *in d.l. Antæus*, satis se habere nos admonuisse ita fieri vt & frustra positum illud verbum *potentiori*, & de interdicto *Quod vi aut clam* idem frustra repetitum videatur. Quod autem ad posteriorem dubitationem spectat, sic ille eam eludit, vt dicat, Post annum præteritum intra quem siue interdicto Quod vi aut clam siue actione in factum ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa agi potuit, [nam & ea quoque annalis est *l.vel post annum 6. ill. tit.*] posse adhuc iudicium De dolo competere, vno illo casu quo dies actionis præterierit, dolo malo venditoris *ex dict. §. idem Pomponius refert*, & consequenter ad hunc vnum casum restringi sententiam Pauli oportere. Mihi nihil istorum probari potest. Non emendatio, quia non tractat Paulus vel Antæus casum illum, quo facta sit venditio post acceptum iudicium, sed tantùm post opus factum, Itaque si quid emendādum esset pro eo quod scriptum est *quod vi aut clam* reponi oporteret *quod euitandi iudicij causa*, vt *in d.l. post venditionem in fin.* At neque hoc probare possum, quia non potest Paulus vel Antæus de illo esse locutus, qui fundum in quo factum opus sit, vendiderit potentiori. Cùm nihil referat an venditio potentiori facta sit, Non solùm quod pertinet ad actionem Aquæ pluuiæ arcendæ sed etiam quantum ad interdictum Quod vi aut clam, Adeóque quod magis mirêre, quod ad Edictum De alienatione iudicij mutandi causa facta. Etenim sicuti actio Aquæ pluuiæ arcendæ quam superiore capite ostendimus non dari nisi contra dominum, desinit vtique aduersus eum cōpetere qui per alienationē desiit esse dominus, Tā autem desinit ille qui vendit & tradit fundum emptori cuilibet, quàm qui potentiori, Ita & è contrario interdictum Quod vi aut clam perinde competit de damno & impensis ab actore factis contra venditorem qui non potentiori vendidit, quàm si potentiori vendidisset *l. sed venditor 13. eod. tit.* Actio autem ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta omni casu danda est contra eum qui post opus factum vendidit dolo malo prædium, etiamsi vendiderit non potentiori, quia omni casu facit duriorem aduersarij condicionem *dict.l.3.§. item si locum D. de alien.iudic.mut.caus.fact.* vbi Caius tractat, Si locum in quo feceris opus cuius nomine vel interdicto Quod vi aut clam vel actione aquæ pluuiæ arcendæ tenebaris, alienaueris, durior mea condicio facta intelligitur, Quia si tecum agerem, tuis impensis id opus tollere deberes. Nunc verò cùm incipiat mihi aduersus alium actio esse quàm qui fecerit, compellor meis impensis id tollere, Quoniam inquit, is qui ab alio factum opus possidet hactenus istis actionibus tenetur, vt patiatur id opus tolli: Quod & scriptum est *in l. competit 16.§. vltim.* iunct. *l. si alius 7.§.1.l. denique 13.§. vltim. D. quod vi aut clam.* Quid ergo

ergo referre potest quod ad illam quoque actionem pertinet, an potentiori facta venditio sit, an alij? Quare non erat cur Cuiacius emēdationis suæ inducēdæ & adstruendæ gratia verbum illud *potentiori* retineret, quo etiam sublato perinde verum esset dicere, teneri venditorem actione illa in factum ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta, si modò euitandi iudicij causa id fecisset, vt *in dict. l. post venditionem* vbi nihil de alienatione facta in potentiorem, Neque tamen possum mihi persuadere aut ab Antæo Paulóque frustra additam dictionem illam, aut ab imperito aliquo interprete in textum illatam, cùm eius addendæ color nullus fuerit nisi ad augendam fortè dubitationem. Probabilius fuerit meo iudicio textum ita emendare, vt pro *potentiori* legere *postea alteri*, Nato fortassis errore ex eo quòd librarij Florentini more scriptum erat quasi vnico verbo *poste Alteri* vt significaretur repetendam literam A maiusculo charactere scriptam vt vtrique dictioni inseruiret. Ita verò si legamus, sublata erit tota hæc dubitatio apertáque manebit Pauli sententia si is qui opus fecerit, postea alteri vendiderit prædium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo Quod vi aut clam. Nec enim quod in lege præcedente id ipsum ex Caio scriptum esset, facere potest vt absurdum videri debeat idem *in l. seq.* ex aliis Iureconsultis id est ex Antæo & Paulo aliis verbis repetitum, Præsertim cùm horum sententia sit plenior non in eo solùm quod adiicit de interdicto Quod vi aut clam intra annum proponendo, sed in etiam quod subiungit de actione de dolo danda post annum De quo nihil dictum fuerat in lege præcedenti. Rectè autem Paulus *quatenus desierit dominus esse*, id est, ita demùm si venditor prædij in quo factum opus est desierit esse dominus, quia vult reddere rationem non tam cur interdictum Quod vi aut clam competat hoc casu contra venditorem, quàm cur non competat actio Aquæ pluuiæ arcendæ. Ratio autem huius iuris non alia est, quàm quòd actio hæc numquam detur nisi contra dominum, In quo maximè differt ab interdicto Quod vi aut clam, quod aduersus possessorem operis semper datur *l. semper* 15. *in princip. ill. tit. Quod vi aut clam*, id est siue dominus ille sit siue non dominus. Sed tamen cum distinctione illa quæ ponitur in *§. vltim. eius. leg.* vt si is qui vi aut clam fecit, possideat opus, patientiam, & impensam tollendi operis præstare debeat, qui fecit, nec possidet impensam tantùm vt & *in dict. l. sed venditor.* qui verò possidet nec fecit solummodò patientiam. Atqui non quisquis prædium vendit desinit statim esse dominus sed traditionem subsequi oportet, per quam solam dominium transfertur *vulg. leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact. l. numquam nuda* 31. *De acquir. rer. domin.* Nec rursum traditionem secutam esse sufficit nisi præcedat titulus habilis ad transferendum dominium puta venditio iusta *dict. l. numquam*, id est iure ciuili comprobata. De qua accipi debet quod Pomponius scribit *in dict. l. post venditionem.* vbi benè venditionem cum traditione coniungit. Quid enim si minor fortè vendiderit rem immobilem sine decreto? Non erit iusta venditio quæ facta est contra ius & contra leges, Nec proinde venditionis titulus hic habilis ad dominium transferendum. Aut quid si vendita sit res quæ sit per se ac sui natura inalienabilis? Aut denique quid si venditio fuerit simulata, vt *in l. emptor.* 12. *eodem.* His casibus non desinit esse dominus qui fundum vendidit & ideò tenetur adhuc Aquæ pluuiæ arcendæ actione non minùs quàm si nō vēdidisset. Ex eo aūt quod ex Antæo Paulus vt rationē reddat, cur actio Aquę pluuię arcēdæ non cōpetat, ait cōpetere interdictū Quod vi aut clā intelligimus, falsū etiā illud esse quod Cuiac. voluit, Posse actionē hāc cū interdicto illo cōcurrere.

Numquam enim Prętor dat actionem honorariam aut interdictum de ea re de qua videt competere ciuilem, Quæ semper plenior & cõmodior est, vel ob hoc saltem quod perpetua est vt ciuiles ferè omnes actiones, Interdictum autem Quod vi aut clam est annuum *d. l. semper* 15. *§. hoc interdictum & seq. D. quod vi aut clam*, vbi dicitur annum incipere cedere ex quo factum opus perfectum est aut fieri desiit licèt perfectum non sit, & *d. l. Antæus*, vbi apertè Paulus scribit, si annus præterierit, interdicto illo ampliùs agi non posse. Nec moueri vt contrà sentiret Cuiacius debuit ex *l. 1. in fin. & l. 2. §. item Varus in fin. D. de aqua & aquæ pluu. arc.* In quibus locis neque de directa, neque de vtili Aquæ arcendæ actione tractatur vt ille putat, sed de vtili actione in factum subsidiaria quæ omnibus aliis deficientibus dari solet quoties æquitas non deficit *l. quoties* 21. *D. de præscr. verb.* Datur autem à Prætore qui maximus & perpetuus est custos æquitatis *l. quia actionum* 11. *eod. tit.* idcóque mirum non est concurrere vtilem actionem cum interdicto, quandoquidem vtrumque auxilium est ex iurisdictione Prætoris, Quod de aquæ pluuiæ arcendæ actione directa & ciuili non similiter dici potest. Et ita debet accipi quod scribit Caius *in d. l. 3. §. item si locum De alien. iud. mut. cauſ. fact. cuius nomine vel interdicto Quod vi aut clam vel actione aquæ pluuiæ arcendæ tenebaris.* Non vt electionem habeat is cui opus nocere potest vtro remedio experiri malit, sed vt ex eo opere sic facto nõ solùm aquæ pluuiæ arcendæ actio nascatur, sed etiam interdictum Quod vi aut clam, diuersis tamen non solùm rationibus sed etiam casibus, scilicet actio Aquæ pluuiæ arcendæ si dominus prædij ille sit cum quo agitur, Interdictum verò si non dominus sit, sed possessor tantùm operis.

ERROR NONVS.

De actione De dolo quam dat Paulus in d. l. Antæus.

QVID ergo si non solùm dominus esse desierit is qui opus fecit, sed etiam præterierit annus intra quem proponi interdictum potuit, & debuit? Posterior hæc dubitatio est, An quia certum est neq; actionem aquæ pluuiæ arcendæ posse cõpetere aduersus non dominum, neq; interdictum Quod vi aut clam post annum, competat saltem actio De dolo, quam competere ait Paulus si nos vulgata lectio non fallit, Negat autem ratio iuris quam ego habui habebóq; semper pro lege. Non possum probare interpretationem Cuiacij existimantis, vt dixi, accipiendum ita Paulũ, vt competat actio de dolo eo demùm casu quo factũ sit dolo malo eius qui opus vi aut clam fecit, vt annus præterierit. Est. n. hic casus rarior, & minùs frequens, quàm vt inspecto eo debuerit simpliciter & absolutè scribi, iudicium de dolo dandũ: Alioqui perinde dicendũ erit tot alios iuris locos in quib. scriptum legimus, actiones annuas, aut interdicta annua post annũ nõ competere, ita esse accipiendos vt tamen post annũ præteritum superesse debeat actio De dolo, Nẽpe quia possit cõtingere vt annus ille prætereat dolo malo eius qui poterat intra annum conueniri. Quod tamen euidenter falsum esse apparet & ex illo ipso loco, ex quo mouetur Cuiacius, id est ex *d. l. 1. §. idem Pomponius refert*, vbi ex Pomponio & Labeone scribit, Non debere actionem De dolo competere, si alia actio temporalis quæ competebat tempore finita sit, Et rationem adfert, quia sibi imputare debeat is qui agere supersedit. Addit quidem exceptionem *nisi in*

nisi in hoc quoque dolus sit admissus, vt tempus exiret, sed quis non videt dari hoc casu actionem de dolo non propter dolum qui in ipso principali negotio interuenerit, sed propter eum, qui in hoc ipso admissus sit, vt actionis tempus præterierit? Aut quis ferat vt absoluta & simplex enunciatio ponatur pro exceptione, aut ad casum exceptionis præsertim adeò rarum & insolitum restringatur? Fateor nihil posse vi aut clam fieri quin fiat etiam dolo malo *l.1. §. doli mali D. vi bonor. rapt.* Et ideò nimirum si verum est eum qui opus vi aut clam fecit teneri de dolo post annum præteritum, necessariò id ita intelligi debet vt teneatur ea actione ob ipsum opus dolo malo factum. Quod tamen falsum esse, nec diffitetur Cuiacius, qui non de alio dolo vult eum teneri quàm qui interuenerit in hoc ipso faciendo vt tempus exiret, qui casus nullam prorsus recipit dubitationem, Ne aliter posito iure eueniat, vt dolus hic maneat impunitus, cùm neque alia actione vlla, neque interdicto vindicari possit. Dolus autem numquam impunitus manere debet, ne tum quidem cùm illi ipsi qui dolum fecit non alij damnosus futurus est *l. procurator* 11. *§.1. D. de doli mal. & met. caus. except.* Tum verò contextus ipse verborum apud Paulum *in d. l. Antdus*, an non manifestè indicat si iudicium de dolo in ea specie dandum existimauit, non alio casu dari voluisse post annum, quàm quo daretur interdictum Quod vi aut clam intra annum : Vt ex qua causa interdicto locus esset intrà annum, ex eadem causa locus esse debeat actioni De dolo post annum, sic enim Paulus scribit *si is qui opus fecerit, postea alteri vendiderit prædium, quatenus desierit dominus esse agendum cum eo Quod vi aut clam, Quòd si annus præterierit, de dolo iudicium dandum.* Nec addit, quod pro inducenda Cuiacij sententia necessariò addendum erat, *Quòd si annus præterierit dolo malo venditoris.* Quid enim si dolus quidem interuenerit etiam in hoc ipso vt annus præteriret, sed dolus emptoris non venditoris? Quis dicat ex eo emptoris dolo venditorem conueniri posse præsertim actione De dolo, quæ adeò personalis est, ex parte potissimùm illius contra quem agitur, vt etiam doli exceptio quæ ex parte obiicientis est in rem tamen ex parte illius cui obiicitur semper sit in personam *l. sed & ex dolo* 15. *§. vlt. D. de dolo l.2. §.a, D. de doli mal. except.* Deberet sanè dari eo casu contra emptorẽ, cuius dolũ credibile est interuenturum esse potiùs quàm vẽditoris, cùm post factã venditionẽ ipsius maximè intersit actionis tẽpus exire ne interdicto ipse tãquã possessor operis cõueniatur. Semper.n. possessor operis tenetur saltẽ ad præstandã patientiã, licèt etiã is qui possessor nõ est teneri possit & ad impẽsam & de damno dato *d. l. semper in princ. & §. vlt. & d. l. sed venditor.* Sed & in eo casu quem Paulus tractat, id est cùm quis ante vẽditionẽ opus fecit, deinde post opus perfectũ vẽdidit prædium intra annũ quo interdictũ proponi potuit, difficile est vt venditoris dolo malo annus prætereat, quin saltem dolus emptoris quoq; intercedat. Et consequenter dicendũ esset hanc actionẽ De dolo de qua Paulus secundũ Cuiacij interpretationem loqueretur, de ea actione intelligendam quæ non minùs contra emptorem quàm contra venditorem dari deberet. Quod tamen à Pauli verbis & mente prorsus alienũ esset. De solo enim venditore cõueniendo tractat Paulus, déq; triplici actione aduersus eum competẽte. Quarũ prima est Actio aquæ pluuiæ arcendæ qua tenetur is qui opus vi aut clam fecit, sed antequàm prædium in quo factum opus est, vendiderit. Secunda ex interdicto Quod vi aut clã, sed eo demùm casu & tẽpore quo & vẽditio iam facta sit post perfectũ opus, & antè tamen quàm annus exierit. Tertia igitur De dolo post annũ præteritum, & quidem numerandũ non ex die venditionis ne quidẽ

cõtra emptorẽ, sed ex die perfecti operis. Nec.n. aliter cõtra vẽditorẽ, aliter verò cõtra possessorẽ numerari debet, sed semper eodẽ modo & eodẽ tẽpore, nisi cùm iustã causam actor habuit ignorandi quando fuerit perfectũ opus, vt *in d.l. semper §. annus autẽ & seq.* quia nimirũ annus vtilis est nõ cõtinuus, vt & Cuiacius bene sentit. Sic aũt euenit quoties de tẽpore vtili tractatus *l. cùm sex 56. D. de adil. edict.* Ergo quẽadmodũ & actio aquæ pluuiæ arcẽdæ, & interdictũ Quod vi aut clã datur cõtra venditorẽ, non alia ratione quàm quòd vi aut clam opus fecerit per quod aqua pluuia nocere possit: Ita & iudicium De dolo quod aduersus eundẽ vẽditorẽ dari post annũ debere Paulus ait, ob eãdẽ rationẽ dãdũ est in subsidiũ quidẽ quòd annus præterierit, sed nõ ob id quòd præterierit dolo malo vẽditoris. Quo casu nõ esset subsidiaria, quoniã ex eã causã, quòd actionis dies exierit dolo malo aduersarij, neq; actio aquæ pluuiæ arcẽdæ vnquã datur, neq; interdictũ Quod vi aut clã. Et tamẽ nec illud dici põt actionẽ de dolo esse subsidiariã hoc sensu, vt dari debeat in locũ actionis quę aliquãdo cõpetierit ac tẽpore finita sit, *d. §. idẽ Pomponius refert.* Sed vt eo tãtùm casu quo alia actio nulla cõpetierit. Sed & vereor ne nõ satis rectè dici possit, quod Cuiacius noster habet pro explorato, si dolo malo eius qui conueniri poterat interdicto Quod vi aut clã intra annũ præterierit annus, dãdũ esse in locũ ex hac causa iudiciũ De dolo. Nã neq; *in d. l. idẽ Põponius* loquitur Vlpianus de interdicto, sed tãtùm de actione quæ finita sit tẽpore, & non obscura dissimilitudinis ratio inter actionẽ tẽporalẽ, & interdictũ adferri illa potest, quòd actiones tẽporales suum tẽpus certũ habẽt, vltra quod nõ possunt viuere, ideoq; dicũtur finiri tẽpore nõ elidi per exceptionẽ vllã aut præscriptionem tẽporis *l. in contract. lib. 14. & pass. C. de nõ numer. pecu. d. l. cùm sex 56. De adil. edict. l. sicut 3. & seq. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* Nẽpe quoniã ab initio sic inductæ sunt, eámq; legẽ & naturã habuerunt. At interdictũ Quod vi aut clã, non tam sui natura est annuum vt vltra annũ viuere nõ possit, quàm summouendũ per annuã exceptionẽ si fortè post annũ exerceatur. Et idcirco cùm exceptiones omnes sint ex æquitate cuius præcipuã rationem Prætor semper habet, in iis præsertim quæ ex ipsius iurisdictione pendent vt interdicta est in arbitrio Prætoris, vt quoties ęquitas ita suadere videtur exceptionẽ illã annuam vel cõcedat, vel remittat, vt disertè Vlp. docet *in d. l. semper §. sed si is sit locus*, vbi ait, Etiã post annũ causa cognita cõpetere interdictum De eo quod vi aut clã factum est, Et addit *nã causa cognita annuã exceptionẽ remittendã.* Et quamuis subiiciat, *hoc est magna & iusta causa ignorantia interueniente*, id tamen exempli duntaxat loco adiectum videri debet, nõ vt causæ cognitio ad eum solum casum restringatur. An nõ enim maior æquitas suadet, vt remittatur exceptio annua propter dolũ eius qui fecit vt annus exiret, quàm vt propter iustã actoris ignorantiam? Aut quænam expeditior induci potest ratio puniendi huius doli quàm si Prætor ex eo moueatur, vt etiã post annum det interdictum? Non enim sicut interdictum hoc, ita & temporales actiones possunt dici temporales causa cognita sed simpliciter & absolutè, nec vllo exceptionis auxilio reus indiget vt post tempus non conueniatur, sed restitutione potiùs actor, vt finita actio restituatur *l. 2. & vltim. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Non igitur dandum est iudicium De dolo contra eum cuius dolo malo factum est vt præterierit annus intra quem potuit conueniri interdicto Quod vi aut clam cùm possit sufficere interdictum ipsum iuncta causæ cognitione quam adhibere debet Prætor in annua exceptione denegãda. Sẽper enim verum est interdictum competere, sufficitque amoueri obstaculum exceptionis vt

Digitized by Google

nis vt interdictum sit cum effectu. Ad id quod nescio an adhuc quisquam obseruauerit, Actionem de dolo quæ contra eum datur cuius dolo malo factum est, vt actionis tempus exierit, alterius esse naturæ & condicionis, quàm sint aliæ omnes actiones De dolo. Illæ enim sunt omnes arbitrariæ quia arbitrio iudicis restitutionem continent, & nisi fiat restitutio tùm demum sequitur condemnatio *l. arbitrio* 18. *D. de dolo. §. præterea. Instit. de action.* At cùm alicuius dolo effectum est vt lis vel actio legitimis temporibus transactis perierit, non ad hoc datur iudiciũ De dolo vt a bitrio iudicis restituatur, sed vt tãtũdem actor cõsequatur quanti eius interfuerit factũ id nõ esse, ne aliter obseruantibus lis circumscribatur, inquit Paulus *in d. l. arbitrio §. dolo cuius.* Atqui Paulus idem *in d. l. Anteus*, cùm ita scribit *quòd si annus præterierit, de dolo iudicium dandũ* apertè sentit de ea actione De dolo danda per quã in defectum actionis Aquæ pluuiæ arcendæ & interdicti Quod vi aut clã, actor tãtundem cõsequatur, quãtum aut illa actione, aut isto interdicto cõsequeretur. Nõ ergo de illa actione De dolo per quã nõ restitutionẽ rei sed tantùm eius quod interest præstationẽ cõsequatur, qualis illa est, quæ datur ob eam duntaxat causam, quòd annus præterierit dolo malo eius, qui intra annum poterat interdicto Quod vi aut clã cõueniri. Itaq; vt concludã, hîc quoq; mendum subesse puto, & legẽdum addita negatione *quòd si annus præterierit, nec de dolo iudiciũ dandũ.* Sensus.n. est, Post annum præteritum non solùm cessare actionem Aquæ pluuiæ arcendæ contra eum qui opus fecerit, propter amissum ab eo dominium per venditionem postea secutã, Et interdictum Quod vi aut clam propter exceptionem annuam, sed etiã actionem de dolo. Denique nullam superesse actionem ne quidem de dolo, vt *in l. 1. §. denique eo. tit.* nihil posse agi nec de dolo actione, quãuis nõ potuerit dolo non facere is qui vi aut clam fecit, soleátque subsidiaria esse actio De dolo aliis omnibus deficientibus contra dolosum, Nempe quia sibi debet imputare qui cùm posset interdicto experiri supersedit. Nec tamen recuso vt addas exceptionẽ *nisi dolo malo aduersarij factum sit vt annus præteriret*, non quia hoc casu dãda vnquam sit actio De dolo, vt malè putat Cuiacius, sed quoniam saluum esse interdictum debeat etiam post annum, Remissa scilicet exceptione annua quæ alioqui solet obstare interdicto, idq; per æquitatem prætoriam, quæ facit vt interdictis omnibus non minùs quàm iudiciis bonæ fidei insint ipso iure exceptiones & replicationes doli, illis nimirum saltem quæ non per formulam & iudicem datum sed per cognitionem prætoriam expediuntur. Cuiusmodi est interdictum hoc Quod vi aut clam, de quo disputamus, in quo Prætor non pollicetur se iudicium daturum, vt in interdicto Vnde vi, sed rem restitui iubet, quẽadmodum ex edicti verbis apparet. Nec.n. Prætor cùm ipse cognoscit formulã sibi vllã præscribit, in qua exceptionis doli mentionem vllã fieri sit necesse, sed adhibet ipse cognitionem suã perpensis & exactè circumspectis omnib. iis quæ ipsius æquitatem mouere debent, vt hoc vel illud decernat. Inter quæ potissimùm est dolus, quem numquã Prætor vult manere impunitũ. Potuit autẽ negatio quã nos restituimus tolli per inscitiã interpretis alicuius existimãtis eam abundare, quòd alia nulla sequeretur quæ solet sequi cùm præcedens negatio concepta est per articulum *nec* aut *neque*. Sed nemo non videt quàm eleganter ita scribere Paulus potuerit & debuerit *quòd si annus præterierit, nec de dolo iudicium dandum* sicuti *in dict. §. denique l. 1. eodem.* vt significaret quod nos volumus, Post annum præteritum nullam penitus actionem, nullum interdictum, nullum denique auxilium ei superesse qui ex opere facto dãnum timet, Ne

Digitized by Google

quidem iudicium De dolo, quod aliàs deficientibus omnino cæteris omnibus deficere numquam solet. Nec feliciùs Accursius noster, licèt eius sententiam & Castrensis & alij vulgo probent, dandam putat actionem in factum ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa. Nam sicuti non potest dari illa post annum cùm sit annalis vt suprà diximus ex *l. vel post annum 6. D. ill. titul. De alien. iudic. mut. caus. fact.* ita neque intra annum, nisi eo solo casu quo alienatio proponatur facta dolo malo, & iudicij si non mutandi saltem euitandi gratia, vt *in dict. l. post venditionem.* Quod in proposita specie Paulus non ponit, sed alienationem factam simpliciter, id est neque post acceptum iudicium, neque dolo malo, Quo casu non potest illi edicto locus esse *l. item si res 4. §. 1. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Neque rursus actio in factum quæ subsidiaria est actionis De dolo, habere locum hoc casu potest, sed in iis tantùm in quibus competeret actio ipsa De dolo si nihil impediret puta si agendum sit cõtra eas personas quibus reuerentia debetur & contra quas idcirco famosa actio non datur *l. non debet 11. §. 1. D. de dolo l. si superstite 5. C. eod.* aut si post annum agendum sit contra eum ad quem ex dolo aliquid peruenerit, vt *in l. itaque 28. D. eo.* aut deniq; si factum tale interuenerit in quo nullus quidem adfuerit dolus, sed culpa tamẽ aliqua propter quam æquum sit actori indemnitatem præstari, vt *in l. rei quam venalem 33. eod. tit.* Cæterùm quæ iuris & æquitatis ratio facit apud Paulum *in d. l. Antæus*, vt actioni de dolo non possit esse locus post annũ præteritum etiamsi dolo aduersarij annus præterierit, eadem actionem quoque in factum excludit.

ERROR DECIMVS.

De lectione & emendatione l. quamquam 4. §. 1. & l. supra iter 11. §. Cassius D. de aqua & aquæ pluu. arcend.

NON piget immorari aliquanto diutiùs circa hanc Aquæ pluuiæ arcẽdæ actionẽ, quoniam de ea nihil adhuc in libris nostris, aut admodum pauca scripsimus: cùm tamẽ habeat elegantẽ tractatũ vt ex iis quæ iam diximus intelligi potest. Præcipuus autẽ labor à nobis adhibendus in eo est vt menda si qua sunt in hoc tit. expurgemus, quod in explicatione *l. Antæus*, non infeliciter fecisse nos arbitramur. Supersunt in eodẽ tit. duo hi loci de quorũ etiã sententia & emẽdatione dubitari nõ improbabiliter potest. In *l. quamquam 4. §. 1.* Vlpianus ex Iuliano scribit, si post iudicium Aquæ pluuiæ arcendæ susceptũ alienauerit fundũ is cum quo actũ esset de præterito damno & de opere restituẽdo, id statuere iudicẽ debere, quod iudicaret si alienatio nulla facta esset. Vbi quod ait de dãno præterito, non de eo dãno accipi debet quod cõtigerit ante litẽ contestatã, sed de eo quod post acceptũ iudicium & ante alienationẽ vt omnes cõsentiũt, quia in hoc iudiciũ sicut in damni infecti, futurũ duntaxat damnũ venit, cùm in reliquis ferè omnibus iudiciis præteritũ præstetur, *d. l. Antæus §. in hoc iudiciũ.* Differtq; hæc actio ab illa quã Prætor dat ex causa dãni infecti, quod in hanc venit damnum illud quod futurum est & timetur ex opere iam facto, In stipulationem verò & cautionem damni infecti, damnum quod timetur potiùs ex non facto opere quod fieri debuit *l. 1. §. 1. eod. tit.* Cæterùm de damno quod contigit post acceptum Aquæ pluuiæ arcendæ iudicium, & quidem vsque ad sententiam

competit

competit datúrque hæc actio *dict. l. quamquam §.1. l. post venditionem 16. & l. supra iter 11. §. officium eod. tit.* Opus sanè factum esse oportet ante litem contestatam vt de eo huiusmodi actione agi possit. Nam de eo opere quod post litem contestatam factum esset, nouo iudicio agi oporteret, nisi opus quod antecessit, id est quod ante contestationem factum est tale sit vt sine eo quod factum est post iudicium acceptum tolli non possit *dict. l. Antæus §. vltim. & l. seq. eod.* Ratio enim connexitatis hoc facit quemadmodum & alia pleraque, vt opus etiam quod factum est post litem contestatam tolli per hanc actionem possit & debeat cum eo quod ante. At si ex opere iam facto damnum aliquod datum sit ante litem contestatam, de eo agendum est interdicto Quod vi aut clam, cessante nimirũ Aquæ pluuiæ arcendæ actione: De eo autẽ quod post sententiam iudicis futurum est, damni infecti caueri oportet, vel arbitrio & iussu iudicis ita opus restituendum vt nullum periculum damni supersit *dict. l. Antæus §. de eo.* Nempe quia nil ad iudicem pertinet futuri temporis tractatus, id est eius quod post condemnationem futurum est, vt idem Paulus noster ad Papinianum notat *in l. 1. §. 1. D. de vsur.* Et hæc omnia tam apertè vera sunt, vt nullam dubitationem admittant. Sed quod sequitur apud Vlpianum *in dict. l. quamquam §. 1.* difficilius videtur. Ait enim *nam & fundo alienato nihilominus iudicium manere, & damni rationem venire etiam eius quod alienationem contingit.* Quę postrema verba nullum certè sensum habent. Quodnam enim damnum illud esse potest quod alienationem contingat? Quare nec dubitat Cuiacius quin locus corruptus sit, & ita restituendus vt de eo damno intelligatur quod vel ante, vel post alienationem contigerit. Sed mauult de illo intelligere quod contigerit antè, ideóque sic emendat *etiam eius quod ante alienationem contigit.* Ego verò malo intelligere de eo quod post alienationem, Nõ solùm quia de eo quod antè, minor erat ratio dubitandi, sed etiam quòd verba præcedentia id suadeant quæ sunt de fundo iam alienato, Ergo & de illo damno quod facta iam alienatione acciderit. Idque adiecta etiam ratio demonstrat, quæ illa est quòd fundo alienato nihilominùs iudiciũ maneat. Idem scilicet quod acceptum fuerat ante alienationem, & ex cuius natura certum est venire in hanc actionem damnum omne quodcunque lite pendente & ad sententiam vsque contigisse proponatur. Cùm igitur idipsum statuere iudex debeat quod iudicaret si alienatio nulla facta esset vt scriptum est in præcedentibus, Consequens fit vt eius quoque damni quod post alienationem dummodò ante sententiam contigerit, rationem habere debeat, quam haberet haud dubiè si alienatio nulla facta fuisset. Quod cùm nec Cuiacius diffiteatur, miror cur non malit legere *post alienationem* quomodo nos legendum arbitramur, quàm *ante alienationem.* Nam & sic antiqui legisse videntur, præsertim Castrensis qui ad eum locum notat, Alienationem non facere quominùs teneatur venditor qui post acceptum iudicium alienauit, de omni damno, quod contigerit lite pendente. Qua generali propositione nemo non videt damnum etiam illud contineri quod contigit post alienationem. Dico *contigit* non vt scriptum est Florentiæ *contingit* quia vt bene monet Cuiacius ad Paulum *in dict. l. Antæus*, Florentini librarij mos iste est vt plerunque retineat literam *n* in præteriti temporis verbis contra Grammaticorum leges vt passim *derelinquerit* & *delinquerit* pro *dereliquerit* & *deliquerit*, & *nanctus* pro *nactus* aliáque permulta his similia. Illud planè nullomodo probare possum quod Castrensis tradit ad *d. l. quamquam §. 1* intelligendum esse Vlpianum de vtili actione Aquæ pluuiæ arcendæ non de directa, Quasi fieri

equeat vt directa actione teneatur is qui etiam pendente lite ac dolo malo desiit possidere. Ex *l. electio 26. §. si is D. de noxal. action.* Repugnat enim apertissimè quod Vlpianus scribit, Alienato post acceptum iudicium fundo nihilominus iudicium manere, id est vt suprà iam interpretati sumus idem ipsum iudicium quod acceptum fuerat, Directum igitur non vtile. Nō enim manere dici posset, quod mutaretur, & conuerteretur in aliud *l. proponebatur 76. D. de iudic.* Certum autē est directum iudicium in qualibet actione aliud esse ab vtili, nec tantùm numero differre, sed etiam specie & genere, ita vt concurrere nūquam possint, nec cui vna competit, alia competere: tametsi eiusdem potestatis sint, eundémque habeant effectum *l. actio 47. D. de negot. gest. l. in hoc iudicium 14. §. 1. D. commun. diuid. l. 1. C. de oblig. & action.* Et verò qua ratione fieri obsecro posset, vt iudex in iudicio directo datus, pronunciaret in vtili? Cùm ea esset veterum iudiciorum ratio, vt iudex datus ne latum quidem vnguem à præscripta sibi formula recedere vnquam posset? Neque simile est, quod Castrensis obiicit ex Paulo *in d. §. si is*, vbi tractat de noxali actione contra eum danda cuius dolo malo factum est vt in potestate sua desierit habere seruum qui noxiam fecit. Et ait esse actionem hanc vtilem non directam, sed in directæ locum succedere, & ideò liberari eum qui dolo desierit seruū possidere si seruus ille decesserit prius quàm actione illa vtili conueniretur, Nempe quoniam si seruum non alienasset, etiam à directa actione quæ aduersus eum competiisset, liberaretur. Tractat igitur de seruo alienato ante acceptum iudicium, & eo tempore quo directa quidem actio competebat, sed directum iudicium adhuc nullum erat, de quo posset dubitari an in iudicium vtile conuersum esset. Nos verò eum casum tractamus, quo fundus vbi factum opus est fuerit alienatus post acceptum iudicium directum, & eo tempore quo de vtili dando tractari non poterat. Fateor contra eum qui dolo malo desiit possidere seruum antequàm noxali actione directa eius nomine conueniretur, vtilem duntaxat noxalem dari posse eámque in directæ locum succedere. Sed nego aut hoc aut vllo alio casu fieri posse, vt iudicium directum semel acceptum transeat in iudicium vtile propter secutam pendente lite alienationem. Quale enim iudicium semel acceptum fuit, tale manere necesse est quousque vel finiatur per sententiam, vel soluatur vno ex iis modis de quibus *in l. iudicium soluitur 58. D. de iudic.* Quòd si aliquo ex iis modis solutum sit, nouo posteà iudicio siue directo, siue vtili opus est, manca videlicet ac deficiente priore formula. Cæterùm si poneres conuentum fuisse dominum actione noxali directa cùm adhuc in potestate sua seruum haberet, deinde dolo malo desiisse habere siue per alienationem, siue quo alio facto suo pendente lite, non diceret Paulus, quod Castrensis adfirmat, mutari iudicium, & ex directo fieri vtile, quoniam iudicia omnia formam suam accipiunt ex eo tempore quo constituuntur, id est ex die litis contestatæ. Qua ratione solemus dicere quale quid est cùm petitur tale dari debere *l. 2. D. de vsur.* & in omnibus ferè partibus iuris spectandum esse tempus litis contestatæ, quia per litis contestationem, id est tùm cùm accipitur iudicium quasi per stipulationem contrahitur *vulg. l. 3. §. idem scribit D. de pecul. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat. & deleg.* Ac proinde sicuti cùm stipulatio certas suas leges ab initio habuit, non possunt illæ ex stipulatoris aut promissoris arbitrio immutari *l. vero procuratori 12. §. alia causa est D. de solut.* ita neque ex litigatorum arbitrio & potestate pendēre potest natura iudicij, quod constitutum semel fuit voluntate & authoritate Prætoris siue directum illud fuerit, siue vtile, nec magis fieri potest ex directo vtile pro-

se propter aliquod factum alterutrius litigatorum, quàm ex vtili directum. Nec aliud iuris est in specie *l. si post acceptum* 18. *D. de rei vindic.* in qua iudicium directum vindicationis institutum contra bonæ fidei possessorem qui post litem contestatam vsucapionem compleuit, & dominium acquisiit, non ideò desinit esse directum, vt malè Castrēsis existimat, nec mutatur in vtile, sed remanet directum, quia in iudicio illo directo ciuilis vindicationis non quæritur, an actor sit dominus in toto tractu iudicij, sed an verè dominus fuerit tempore litis contestatę, vt iure eùm vsurpare potuerit sollennem illam vindicationis formulam *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Atqui non eo minùs verum est fuisse actorē dominum eo tempore quo litem contestabatur, quamuis posteà desierit esse dominus completa per possessorem vsucapione, quæ scilicet non interrumpitur per malā fidem superuenientem cuius probationē inducere solet litis cōtestatio *l. sed etsi* 25. *§. si ante D. de hered. petit.* Perinde igitur arbitrari iudex debebit vt bonæ fidei possessor rē petitam & à se vsucaptā tradat petitori atque si nulla vsucapio cōpleta esset, quia cōplementū illud accidit facto possessoris qui vindicatione directa conuentus maluit litē contestari quàm rē restituere. Non debuit autē factū illud possessoris lucrū ei adferre, & petitori nocere qui iudicium directū iure meritóq; impetrauerat, ne per continuationē malæ fidei melior eius condicio facta videretur, quod esset absurdissimū *l. infitiando* 67. *§. infans D. de furt.* Illa duntaxat differētia est an iubeatur rē tradere is qui possessor tantùm est nō dominus, an verò is qui cùm in ipsa litis contestatione possessor solùm esset, per vsucapionē posteà cœpit esse dominus, quod priore casu traditio solā possessionē transferre potest non etiam dominiū quod à possessione separatū inuenitur, Posteriore autē transfert cū possessione dominium quia coniunctū, vt *in l. per procuratorem* 8. *C. de acq. poss.* Nec nouum est vt eadē traditionis faciendæ necessitas eandē causam habens diuersos tamen effectus sortiatur pro diuerso iure tradentis. Idem enim accidit in venditore tradente rē venditā vt quamuis non nisi tradere, id est possessionē vacuam transferre obligatus sit, transferat tamen etiā dominium cū possessione, si fortè non possessor tātùm sed etiam dominus inueniatur *l. 1. §. 1. vers. & imprimis D. de action. empt. l. traditio* 20. *D. de acq. rer. domin.* Similiter in iudicio vindicationis directo euenire dicendū est, vt siue post litē contestatā possessor vsuceperit rē petitam, siue nō vsuceperit arbitriū iudicis nō aliud esse debeat, quàm vt possessorē iubeat rē tradere nō inspecto eo an per eiusmodi traditionem futurum sit vt possessio siue dominio transferatur, an dominium cum possessione. Planè cùm vsucapio secuta est, adiicere iudex arbitrio suo debet vt serui possessor victus caueat de dolo, propter periculū quod subest ne seruum illum vel pigneraueris, vel manumiserit, vt eleganter Caius scribit *in d. l. si post acceptum.* Castrensem sefellisse illud videtur, quod cùm is qui directo aquæ pluuiæ arcēdæ iudicio conuētus fuit, fundum in quo factū opus est, alienat, iam nō potest iuberi opus tollere & restituere, cuius nimirū restituendi cùm dominus esse desierit nullā habet amplius facultatem *l. si colonus* 5. *D. de aqua, & aquæ pluu. arc.* Quasi ob id quod incipiat minus teneri quàm anteà directo iudicio tenebatur, desinat iudicium illud directum esse. Quod certè nō ita est. Cùm. n. arbitriū iudicis in hoc iudicio duas habeat partes, Vnā de opere restituēdo, quod à solo domino fieri pōt, alterā de dāno prę standoaut de damno & impensis simul, vt *in d. l. si colonus & l. sed venditor* 13. *eo.* interueniens alienatio, priorem quidem arbitrij partem tollit, at non etiam posteriorem & ideò remanet idem iudicium licèt minùs plenū pro eo scilicet

quod adhuc deducendum superest in arbitrium & condemnationem, Exemplo eius quod non absimiliter Vlpianus scribit *in l. si constante 24. §. vlt. D. solut. matrim.* Nō modò si bona mulieris pro parte publicata sint, superesse mulieri reliquæ partis dotis exactionē, sed etiam si post litem contestatā, acceptúmq; iam de tota dote iudicium publicata sit dos pro parte, sufficere arbitrium iudicis ad partis condemnationem, id est nulla opus esse noua formula nec nouo aliquo iudicio, sed eiudē arbitrij & iudicij potestate perueniri posse & debere ad condemnationē partis. Quamuis si tota dos, vt *in eo §. vlt.* sequitur, publicata esset, iudicium expiraret. Expirat igitur pro parte, cùm pars dotis publicatur, vt eadē sit ratio partis quæ totius, sed non facit ea res quominùs idem arbitrium & iudicium maneat, quamuis minorem condemnationem habiturū. Remanet igitur dotis iudicium directum quale anteà erat. Et sicuti nemo bene dixerit in ea specie iudicium dotis ex directo fieri vtile, ob id quòd ex eo iudicio pars dotis per publicationem quæ post litem contestatam superuenit, subtrahatur, quamuis pro ea parte quæ publicata est iudicium expiret. Ita & in eo casu quem tractamus dicendū est, Alienato fundo post acceptum Aquæ pluuiæ arcendæ iudicium, minui quidē arbitrium, & iudicium illud directum, in quod scilicet venire operis restitutio amplius non potest, sed tamē superesse pro damno & expensis, & pro ea parte neq; expirare, neque vtile fieri ex directo, sed æquè directū manere ac antea, & sufficere ita vt nullo alio iudicio sit opus. Alioqui paullatim dicemus nec directū esse iudicium Aquæ pluuiæ arcendæ in quo agatur tantùm ad restitutionem operis, non etiam vt damnum sarciatur, vt *in l. si tertius 6. §. officium eod.* aut ad præstandam solam patientiam tollendi operis, vt *in §. Celsus ead. leg. & in d. l. quamquam §. idem Iulianus eod.* quod tamen euidenter falsum est, vt ex supradictis locis apparet. Sed hæc ad Vlpianum sufficiant. Alius locus *in eod. tit.* est quem emendatione indigere putat Cuiacius *in l. supra iter it. §. Cassius*, vbi Paulus ex Cassio scribit, siue ex fundo plurium cōmuni aqua pluuia noceat vicino, siue ex fundo vnius noceat fundo cōmuni plurium posse vel vnum cum vno agere, vel vnum separatim cum singulis, vel separatim singules cum vno, vel singulos cum singulis. Si vnus egerit & restitutio operis litisve æstimatio facta sit [sic enim legendum est non vt vulgò *litísque* cùm in arbitrariis non possit litis æstimatio fieri per condemnationē nisi eo demùm casu quo non fuerit paritum arbitrio] cæterorū actionem euanescere. Item si cum vno actum sit, & sic, id est post acceptum iudicium præstiterit & satisfecerit, quo casu omnia iudicia sunt absolutoria *§. vlt. Inst. de perpet. & tempor. act.* cæteros liberari [legendum enim est *& sic* non vt scriptum est *etsi præstiterit*,] Addit, Idq; quod sociorū nomine datum sit, per arbitrum Communi diuidundo recuperari posse. Quæ omnia per se satis plana sunt. Sed quod sequitur difficilius est *& ex sociis non vtique cum eo agendum qui opus fecerit. Nec minus eum quoque damnum restituere debere qui author operis fuerit.* Sunt enim qui prima illa verba *& ex sociis* connectant præcedentibus, & ita legant vno contextu *recuperari posse & à sociis* reponendo *à* pro *ex*. Quæ lectio apertè viciosa est vt & Cuiacius benè obseruauit, nouáque sentētia omnimodo ab illis verbis *& ex sociis* inchoanda est. Secundum quod tamen difficile est dicere quam rationem habeat quod Paulus ait, *non vtique cum eo agendum qui opus fecerit.* Quis enim dubitat, inquit Cuiacius, quin is qui opus fecit teneatur omnimodo & indistinctè Aquæ pluuiæ arcendæ? Et ideò putat ille tollendam negationē, quæ & in Pand. Florent. notulis circumscripta est, vt suspectam eam esse quiuis intelligat. Mihi nihil videtur

tur aut apertius, aut facilius quàm vt retenta negatione Paulus intelligatur hoc sensu,vt cum eo quidem agendum sit qui opus fecerit,adeóque indistinctè,sed non omnino cum eo,id est non cum eo solo, quia etiam author operis conueniri potest & debet, is equidem qui opus fecit,vt patientiam & impensam præstet restituendi operis.Is verò qui opus nõ fecit, vt vel patientiam præstet non etiam impẽsam. Quam sententiam non negat Cuiacius esse verissimam, sed negat supradictis verbis expressam esse si negatio retineatur. In quo tamen fallitur. *Vtique* enim dixit Paulus non tantùm pro *indistinctè* quomodo sumi plerúque solet, sed potiùs pro *omnino*. Quid verò aliud est dicere *non omnino cum eo agendum esse* quàm quod volo *non cum eo solo agendum esse*. Et quemadmodum aliud est si quis dicat *non omnino* aliud si *omnino non*, quia hæc posterior locutio tantùm negat quantum si dictum esset *nullomodo*,Ita non debuit Cuiacius locutionem illam *non vtique* sic accipere quasi Paulus scripsisset nullomodo agendum esse cum eo qui opus fecerit. Quod quemadmodum falsum est, ita nec à Paulo dictum nec cogitatum fuit. Itaque explicatione tantùm hic locus indiget,nec ea obscura non suppletione aliqua,aut vt Cuiacius loquitur,ferruminatione. Possem hîc totum hunc De aquæ pluuiæ arcendæ actione tractatũ absoluere, nisi placeret addere pro coronide, vt huic actioni locus esse possit, Decem esse necessaria quæ Castrensis diligenter & apertè vt solet expressit *ad l.1. hoc tit.* Primò vt aqua quæ nocet,sit aqua pluuia vel sola,vel mixta *l.3.§.1.eodem.* Secundò vt aqua illa pluuia noceat, Non enim sufficit vt per eam commodum aliquod auferatur *dict.l.1.§.sicut autem.* Tertiò vt noceat ex opere manufacto, non autem naturaliter, *d.l.1.§.1.§.item sciendum & §.in summa.* Quartò vt non sit factum opus culturæ & quærendorum fructuum gratia *dict.l.1. §.de eo opere.* Quintò vt noceat prædio rustico, siue ex alio itidem rustico veniat, siue ex vrbano non etiam si vrbano noceat *d.l.1.§.item sciendum* 2.in quo maximè differt ab actione & cautione De damno infecto, quæ potissimùm propter ædes & prædia vrbana comparata est *l.in stipulatione 23.& pass. D.de damn.infect.* quamuis etiam ad prædia & opera rustica pertineat *l. fluminum 24. in princip. §.idem Seruius & seq. §.item apud Vitianum & pass.eod. d.l. Anteus 14.§.pen. De aqua & aquæ pluu.arc.* Sextò requiritur vt opus sit factum in priuato, non in publico *d.l.3.§.aquæ pluuiæ eod.* Septimò vt non publica authoritate *l. quod Principis 23. eod.* Octauò vt extet memoria quando factum fuerit opus *l.2.§.Cassius autem eo.* Nonò vt sit factum contra naturalem vel quasi naturalem seruitutem, vel impositiciam *l.1.§.sed si vicinus & §.vlt. eod.* Decimò & vltimò vt is cui nocet opus non debeat seruitutem recipiendi aquam *l.2.§.vlt.eod.* Hæc omnia qui sciet,cætera omnia quæ ad hanc actionem pertinent facilè intelliget, dummodò arbitrariam eam esse meminerit,Quod nos fortasse primi docuimus.

Digitized by Google

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XCIIII.

ERROR I.

De actione Finium regundorum, quòd sit arbitraria.

DE hac quoque actione vel nihil vel pauca admodum hucusque scripsimus in libris nostris, Esse illã personalem nemo dubitat, licèt pro rei vindicatione sit, vt disertè scriptum est *in l.1. D. fin. regund.* Non ait Paulus inductam eam esse propter vindicationes, quomodo Vlpian. de actione Ad exhibendum *in l.1. D. ad exhib.* sed esse pro rei vindicatione, id est loco vindicationis, quia nõ alij competit, quàm ei qui sit dominus, & quem aduersarius quoq; dominũ esse fateatur. Non enim de adiudicando dominio in ea tractatur, sed tantùm de adiudicandis finibus si aliter dirimi controuersia non possit *l.2. §.1. l.3. & 4. fin. regund.* De illo igitur tantùm dubitari potest, An bonæ fidei actio sit, an stricta, an arbitraria. Bonę fidei eam esse, illud videtur suadere, quod pleraque habet communia cum actionibus Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo, quas tamen bonæ fidei esse nemo ambigit *§. actionum Inst. de action.* Sunt enim tria hæc iudicia mixta & duplicia, sic appellata quòd in iis vterque actor sit, & vterque reus *l. in tribus 13. D. de iudic. l. iudicium 10. D. fin. regund. l. actionis 37. D. de obligat. & action.* Proindéque omnia arbitria appellantur, Non quòd sint arbitraria, quod de iudiciis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo nemo vnquam dixit, nec dicere potuit, sed quòd plus in iis arbitrãdũ iudici cõmittatur, quàm iudicãdum. Sed tamẽ non esse hanc actionem bonæ fidei vel ex hoc ipso maximè apparet, quod cũ cæteris bonæ fidei actionibus enumerata nõ est *in d. §. actionum*, vbi omnes enumeratas esse quotquot sunt bonæ fidei excepta rei vxoriæ & dotis actione de qua statim subiicitur *in §. fuerat*, interpretes consentiũt, qui ex eo potissimùm §. colligere solẽt, Valere argumẽtũ à sufficienti partiũ enumeratione. Quod esset ridiculũ si quã putarẽt deesse ex iis quæ enumerari potuissent & debuissent. Atq; hoc potissimùm argumẽto permoti nostri omnes vno ore defendunt esse hãc actionẽ stricti iuris. Arbitrariã enim esse ante nos, nemo dixit, nõ magis quàm esse bonę fidei: Pro qua sentẽtia illud facit, quod fructuũ incremẽtũ recipit

Digitized by Google

recipit ex die litis cõtestatæ, *l.4.§.post litem D.fin.regũd.* quæ natura est iudiciorum stricti iuris *l.2.l.3.§.in his quoque l.videamus* 38.*§.si actionem D.de vsur.* Ego contrà esse arbitrariã adfirmo. Neq; priùs possum admittere, aut hanc aut aliam esse stricti iuris quàm probatũ fuerit neq; bonæ fidei esse illã neq; arbitrariam. Sic enim Papinianum nostrũ loqui video *in d.§. in his quoque, in his iudiciis quæ nec bonæ fidei sunt nec arbitraria*, vt significet stricta. Nõ quomodo nostri loquũtur, qui summã illam iudiciorũ diuisionẽ esse volunt, vt omnia sint vel bonæ fidei, vel stricta, Non quasi arbitraria nulla agnoscant, sed quoniã nõ nisi ex strictis, tanquam ex fonte & origine arbitraria fluxisse putant, Contrà quàm à Iustiniano scriptum sit *in d. tit. De action.* vbi postquàm præfatus est actionũ omniũ alias esse bonæ fidei, alias stricti iuris *in d.§.actionum*. Subiecit tamen *in §.præterea*, esse præterea quasdã actiones arbitrarias, ne quis posset suspicari diuisionẽ illã actionẽ in eas quæ sunt bonæ fidei & strictas fuisse sufficientẽ, néve dubitare quin actiones arbitrariæ tertiã speciẽ constituant à duabus reliquis differentem. Adeò vt laboret Iustinianus dũtaxat in actionibus bonæ fidei & arbitrariis explicãdis, earũque exẽplis adferendis, nullo ferè de strictis habito tractatu, Nẽpe vt significet naturã actionum stricti iuris perspici satis posse cognita natura actionum bonæ fidei & arbitrariarum, sed non contrà. Nec quòd in actione Finium regundorum fructus veniant ex die litis contestatæ probat strictam esse actionem. Nam & in rei vindicatione idem obtinet *l. Iulianus* 17. *§.1. l. præterea* 20.*l.& ex diuerso* 35.*§.1.& pass.D.de rei vindic.*& in Publiciana *l.sed etsi 7.aliàs Lenum qui §.in Publiciana D.de Public.in rem act.*& in aliis plerisque earũ de quibus hucusque diximus, & quas arbitrarias esse probauimus. Cùm enim arbitrariæ omnes ex eo dicantur, vt tam sæpe inculcauimus, quòd in iis arbitrium aliquod interuenire necesse sit vt sequi possit vel absolutio vel condemnatio, arbitrium autem illud ex æquitate semper æstimandum sit, æquitas autẽ ipsa ex qualitate & natura negotij. Mirum non est pro varietate negotiorum aliter atque aliter arbitrium concipi etiã quod ad fructus restituendos, vt aliquando de fructibus omnibus restituendis arbitrari iudex debeat, vt in actione Quod metus causa vt qui vim vel metum passus est, nullum penitus damnum ex eo sentiat *l. item si cùm* 14. *§.1.l.si mulier* 21.*§.qui possessionem D.quod met. caus.d.l.videamus §. item si vi De vsur.* Itémque in Fauiana, Caluisiana & Pauliana *d.l.videamus §. in Fauiana.* Aliquando autem de iis tantùm qui percepti sint ex die litis contestatæ, vt in vindicatione tam ciuili & directa, quàm vtili & prætoria & in aliis plerisque. Inter quas actionem hanc qua de agimus Finium regundorum recenseri quid prohibet? Præsertim cùm, vt initio diximus, sit illa pro rei vindicatione. An non enim facere hoc debet, vt in omnibus ferè eodẽ iure censeatur quo directa & ciuilis rei vindicatio? An non hoc cõsequens etiã est vulgari nostrorum brocardico, Actionem subrogatã sapere naturã eius in cuius locũ subrogata est? vulg. *l.si eum* 10.*§.qui iniuriarum D. si quis caution.* Quòd si in cæteris omnibus, cur non etiam in hoc vt sit arbitraria, quemadmodum vindicatio? Cur enim diuersam naturam habeat in eo quod maximè ad ipsius essentiam pertinet, cùm pro vindicatione sit? Nam ad rem non pertinet si quis differentiæ rationem ex eo velit petere, quòd vindicatio sit in rem, actio autem finium regũdorũ in personam: Cùm actiones arbitrariæ sint tã in rem quàm in personam *d.§. præterea Inst. de action.* Atqui, inquies, nullũ in actione Finiũ regũdorũ præcedit arbitriũ iudicis, vt si ei non pareatur possit sequi cõdẽnatio, cùm nulla iuris parte id scriptũ inueniatur, ex quo tamẽ potissimũ arbitrariæ actiones æstimãtur. Imò inquã

præcedit tale arbitrium si quando sit necesse. Et ita esse scriptum est à Paulo in *d.l.4.§.sed & si quis D.fin.regund.* vbi ait, si quis iudici non pareat in succidenda arbore vel in ædificio quod in fine positū fuerit, deponēdo partéve eius, condēnari eū debere. Quid enim hoc aliud est, quàm præcedere arbitriū iudicis debere de arbore succidēda, vel de ædificio deponēdo, vt si parebit is qui iussus erit, absolui debeat, si non parebit, condemnari? Hoc ipsum aūt, quid aliud obsecro quàm quod volo, Esse hāc actionē arbitrariam? Nō enim semper in hoc iudicio necesse est fieri mutuas adiudicationes, quomodo prorsus necesse est in iudiciis Familiæ erciscūdæ & Cōmuni diuidūdo. Siquidē hæc posteriora duo in id dūtaxat cōpetūt vt res cōmunes vel ex hereditaria vel ex alia causa diuidātur, ita vt quod antea erat cōmune, fiat propriū singulorū, quod nō aliter fieri potest quàm si pars illa quā in ea re socius habebat, adiudicetur alteri, cùm in re communi nihil tā sit vnius ex sociis quin sit etiā alterius *l.illud 46.D.de rit.nupt.l.5. §.1.& 2.De legat.1.l.rectè dicimus 25.de verb.signific.* Ob eámque causam fiunt illæ adiudicationes personis nō rebus quia per eas fit vt persona totum habeat quæ antea non habebat nisi partē. At in actione Finiū regūdorū omnia sunt dissimilia. Officiū nāq; iudicis in eo primùm versatur vt inquirat & dispiciat an necessaria sit adiudicatio, quæ vno tātùm casu necessaria est, Si euidentioribus finibus agros distingui oporteat, quàm alias fuissent distincti. Nā tunc necesse est ex alterius agro partē aliquā alterius agri domino adiudicari, vt bene Iustin. docet *in §.vlt.Inst.de offic.iudic.* Et generalius, quoties nō aliter iudex potest fines dirigere permittitur ei adiudicatione cōtrouersiā dirimere, vt loquitur Vlp. *in l.2.§. 1.D.finium regund.* vbi obseruandū est quod ait permitti hoc iudici, vt significet nō tā cōmitti ei hoc quàm permitti ex necessitate sc. magis quàm ex vi & natura actionis. Ad hoc enim tātùm datur iudex finiū regūdorū vt fines regat & dirigat, nō vt ex vnius fundo quicquā alteri adiudicet. At verò vbi non potest fines dirigere [sic.n.apud Vlp. legendū est, non vt vulgò *dirimere* vt paullò post ibidē] necessariò permittēdū ei est vt adiudicatione rē terminet, Ne alioqui nulla supersit ratio cōtrouersiæ finiēdæ & dirimendæ. Sed & cùm hoc accidit vt adiudicatione cōtrouersiam dirimi oporteat, singulari quodā iure euenit in hac actione quod nō similiter in aliis, vt magis fundo quàm personis fines adiudicari intelligātur, quemadmodū Paulus tractat *in d.l.4.§.si alter*, Vbi ex hoc infert, Si alter fundus duorū, alter triū sit, posse iudicem adiudicare vni parti locū de quo quæritur, licèt plures dominos habeat, Vt in hac specie cùm fit adiudicatio pluribus vnusquisq; portionē eā habeat in loco adiudicato, quā in fundo habet, & pro indiuiso. Itaq; si actio Finiū regūdorū ad hoc tātùm aut principaliter daretur, vt fieret adiudicatio aliqua, sicut accidit in iudiciis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, vix esset vt in personā dari videretur, at non potiùs in rē, cùm adiudicatio fiat rei, nō personæ. Sed dicitur esse & est in personam, quia ex sui natura plerasq; habet præstationes personales, cùm in ea sit habēda ratio etiā eius quod interest: puta si vnus ex litigatoribus aliquā vtilitatē perceperit ex eo loco, quē alterius esse appareat. Hoc enim casu & eo nomine cōdēnatio fiet. Sed etsi mensor ab altero solo conductus sit, cōdemnatio erit facienda eius qui non conduxit, in partem mercedis *d.l.4.§.1.* Ad officium namque iudicis de finibus cognoscentis pertinet mensores mittere & per eos dirimere ipsam finium quæstionē vt æquū est, Et subiecto suis oculis, si ita res exigit, loco *l.si irruptione 8.§. 1.eod.tit.* Hoc verò cùm accidit vt per mēsores siue præsente siue absente iudice quæstio finiū dirimatur, nullus sanè cōdēnationi faciēdæ locus relinquitur, nisi

si quid

si quid extrinsecus intersit, nō magis quàm adiudicationi. Cùm aūt adiudicatio ex necessitate facienda est tùm quoq; cōdēnationē interuenire necesse est, Cùm sit cōueniens vt is cui ex alterius agro pars aliqua adiudicatur, vicissim ei in pecuniæ quantitatē certam debeat condemnari, quomodo ratiocinatur Iustinian. *in d. §. vlt. de offic. iudic.* Vbi addit eo quoque nomine condemnandū quemq; esse hoc iudicio, quòd fortè circa fines aliquid malitiosè commiserit, verbi gratia quia lapides finales furatus sit, vel arbores finales exciderit. Subiungit *Contumaciæ quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur veluti si quis iubente iudice metiri agros passus non fuerit.* Et hic potissimùm locus est qui me mouet vt defendam actionem Finium regundorum esse arbitrariam. Cùm enim nō nisi per adhibitos mensores finium quæstio dirimi possit, omnino antecedens est vt arbitriū semper interuenire & præcedere debeat de mēsoribus adhibēdis & admittendis: Cui arbitrio si pareatur, & per mēsores finium quæstio terminetur, bene est, nec vlla sequitur, aut condemnatio, aut absolutio, Non cōdemnatio quia arbitrio paritum est, nisi extrinseca aliqua condemnationis causa concurrat ex iis quas proximè attulimus: Non absolutio vt euenit in cæteris arbitrariis, quia sicuti actio hæc duplex est, ita & arbitrium duplex quod de adhibendis & cōducendis ab vtroq; litigatore mensoribus redditur, Vt proinde si vterque pareat, neuter possit absolui, quia neuter potest summoueri, nisi fortè quis dicat vtrūque litigatorū & absolui quatenus reus esse intelligitur & summoueri quatenus actor est. Sed hoc dici nullomodo potest, cùm è cōtrario vterq; potiùs obtineat, quod intendit. Quid enim aliud vterq; petit, nisi vt fines regantur, & dirigātur? Hoc verò consequuntur ambo, cùm finiū quæstio per mensores terminatur, aut quod effectu idem est, per iudicem ipsum adhibitis mensoribus. Indéq; nimirū est quod iudiciū hoc duplex appellatur, vt & iudicia Familiæ erciscundæ & Cōmuni diuidundo, in iisq; est vterque actor & reus, quia sc. vtriusque intentio & petitio eadem est, neq; recusare aut negare potest alteruter, quin illud ipsū præstare aut pati debeat quod aduersariū præstare, aut pati debere contendit. Itaq; absolutio, vt dixi ex neutra parte sequi potest. Cōdemnatio tamen potest, cōtra eū videlicet qui arbitrio parēre, ac mensorem cōducere noluit. Et ratio diuersitatis inter absolutionē, & cōdemnationem hoc casu illa est, quod non quemadmodū fieri potest, & fit plerūq; vt vterq; pareat, ita fieri etiā queat vt neuter pareat; cùm saltem eū parēre necesse sit, qui prior ad iudiciū prouocauit, qui & idcirco actoris partibus fungitur *d. l. in trib. u 13. D. de iudic.* Nā si neuter obtemperare vellet, non magis cōdemnatio aduersus hunc aut illum, quàm absolutio sequi posset. Vtraq; verò obtemperante, licèt non possit sequi condemnatio ex ea causa quòd arbitrio paritū non sit, quæ formalis & proxima condemnationis causa est in omnibus actionibus arbitrariis, Sequi tamē potest ob alias illas extrinsecas causas quas attulimus, Nec eo minùs verum est actionem esse, & manere arbitrariā, quia vt sit talis sufficit arbitriū ab initio aliquod præcedere debuisse, & quidem eiusmodi vt si ei obtemperatum nō fuisset, sequi potuisset cōdemnatio, licèt postea neque secuta vlla sit, neq; sequi potuerit, vt Tryphonini verbis vtar *in l. quod vulgo 19. De bonor. poss. contr. tabul.* Enimuerò inter eā condēnationem, quæ sequitur ob id quòd arbitrio paritum non sit, & illā quę propter alias extrinsecas causas irrogatur, hoc refert, ꝙ posteriore casu leuior fit cōdēnatio, in id sc. quod reuera interest, quia nihil nisi illud ipsum quod interest dūtaxat æstimatur *d. l. 4. §. 1.* At priore casu condēnatio fit grauior in pœnam contumaciæ, quomodo loquitur Iustin. *in d. §. vlt. De offic. indic.* vt non tantùm

inspiciatur quanti reuera intersit actoris, sed ipsa quoq; contumacia puniatur & estimetur vltra id quòd verè intersit vt *in l.1.D.de in lit.iur.*

ERROR SECVNDVS.

De in litem iurando in actione Finium regundorum, & quid in ea sit immutatum per l.3. & 4.Cod.eod.tit. Et quænam hodie sit natura arbitrariarum actionum.

QVA ratione si quis dixerit, Etiam in actione Finium regũdorũ hoc casu iurari in litem exemplo vindicationis aduersus cõtumacem meo iudicio non valde aberrauerit, Non ob id solùm, quòd hæc actio pro rei vindicatione sit vt toties diximus, quódq; eadem sit ratio iurisiurandi in vtraq; actione deferendi ne alioqui cõgatur dominus inuitus re sua carere eánque iusto precio vendere contra *l.nec quasi 70. D.de rei vindic.l.si fil.familias 25.§.maritum D.solut.matr.l.non enim 9.D.de rer.amot.* cùm quæstio de finibus controuersiæ proprietatis cohæreat *l.3.C.fin.regũd.* Sed etiam quia vix aliter dici possit quomodo puniendа sit cõtumacia eius qui arbitrio iudicis Finium regundorum parêre recusat, Quandoquidem per eã recusationem & contumaciam fit ne possit arbiter vlteriùs progredi. Quod non obscurè significat lex Cõstãtini *in d.l.3.* in illis verbis, *Quòd si altera pars, ne huiusmodi quæstio terminetur, se subtraxerit,* id est neque sui præsentiam facere, neq; arbitrio parêre noluerit. Arbitriũ enim præcedere debere de agrimensore cõducendo & ad locum de quo cõtenditur, ducendo, eadem lex probat cùm ait in præcedentibus, *& tunc agrimensor ire præcipiatur ad loca vt patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur.* Ob eánque causam bene Constantinus eãdem lege induxit vt etiam recusante altero litigantium debeat licere iudici mittere agrimensorem vt absente contumace faciat quicquid esset facturus vtroq; præsente. Quod sanè ita constitui superuacuũ fuisset, si iam olim illud ipsum obtinuisset. Nec dubitari potest quin ea lex ius nouũ præ se ferat, siue inscriptionem attendamus, siue corticem verborum, siue rationem iuris. Inscriptio est Imperatoris Constantini ad Tertullian. Comitem diœceseos Asianæ, vt intelligamus non esse illud rescriptũ Imperatoris ad priuati cuiusquã libellũ, sed cõstitutionẽ generalem ad nouum & ante illam diem inauditum ius inducendum. Verba sunt imperantis non respõdentis *prius* inquit, *possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipiatur.* Non quasi ante legem illam mitti non posset agrimensor ad loca vt patefacta veritate quæstio de finibus terminaretur, in quo præcipuũ iudicis Finiũ regundorum officium consistebat, vt apparet *ex d.l.si irruptione §.1.* Sed quia sic obtinebat vt quæstio De possessione quæ proprietatis quæstionẽ solet semper præcedere, nõ tamen præcederet quæstionẽ De finibus, Siue quòd iudiciũ Finium regundorum latiùs pateat quàm vindicationis, cùm etiam inter vsufructuarios cõpetat, & inter eos qui pignoris iure possident *d.l.4.§.pen.D.fin.reg.* Siue potiùs quòd sit hæc actio in personã *d.l.1.eod.* Inde namq; est quòd Impp. Theodosius Arcadius & Honorius *in l.vlt.C.eod.* decreuerunt vt finalis quæstio non longi vt anteà, sed longissimi duntaxat temporis præscriptionẽ patiatur quæ ab illis ipsis Imperatoribus fuit primùm introducta *in l.3.C.de præscript.30.vel 40.annor.* cùm olim esset incognita. Vult ergo Constantinus & imperat nõ vt iudex Finiũ regũdorũ agrimensorem mittere possit aut debeat quod iam olim facere poterat & debebat, sed vt non priùs quàm terminata sit quæ-

stio De

ſtio De poſſeſſione. Id enim ſignificat articulus ille *tunc* denotãs tẽporis extremitatem *l. Gallus 29. in princ. De liber. & poſ. hum. l. 4. in fin. De condic. & demõſtr.* Vnde & ſuſpicor facilè in eiuſdem conſtitutionis fine legendum eſſe *perueniat* non *peruenerit* vt eadem vis & forma retineatur verborũ imperatiui modi. Poſt quam conſtitutionem fateor nihil cauſæ eſſe cur in hac Finium regundorum actione hodie iurari in litem oporteat, cùm neutrius litigatoris cõtumaciæ poſſit facere quominùs tota de finibus quæſtio per agrimenſorem à iudice miſſum commodiſſimè terminetur, Exemplo eius quòd in ipſa quoq; rei vindicatione tãdem immutatũ eſt, vt quamuis ſemper competat ratione dominij, hodie tamen nũquàm in ea iuretur in litem ſi conuentus poſſeſſor habeat reſtituẽdæ rei facultatem, Poſtquàm Iuſtiniano placuit ſub Vlpiani nomine *in l. qui reſtituere 68. D. de rei vind.* vt eo caſu trãsferri ab illo poſſit & debeat poſſeſſio manu militari. Sola enim neceſſitas induxit æquitatem, & ſola æquitas neceſſitatem deferendi in litem iuriſiurandi. Quòd ſi quis miretur nullo iuris loco ſcriptum eſſe quod dicimus, In actione Finium regundorũ iurari in litem olim potuiſſe. Reſpondebo primùm quod Logici ſolent, Nullius momenti eſſe argumentũ à negatione, Maximè ad rationem iuris quæ in contrarium pugnet, profligandam. Deinde poſſe id accidiſſe ex eo quòd nũquam iuratur in litem ne quidem cõtra furẽ niſi cùm furti actio defertur iure dominij, quemadmodum in ſuperioribus oſtendimus *ex l. cùm furti 9. D. de in lit. iur.* iunct. *l. ſi vendidero 80. §. 1. D. de furt.* Actio autem Finium regundorũ non ſemper defertur iure dominij, vt dixi, ſed plerunque iure pignoris & vſusfructus *d. l. 4. §. pen. D. fin. regund.* Poſtremò dicã fieri potuiſſe vt Tribonianus locos omnes illos corruperit & ſuſtulerit qui de huiuſmodi iureiurando in actione iſta deferendo loquebantur, ſicuti corrupit Vlpiani ſententiã *in d. l. qui reſtituere*, quòd videret ſublatam hodie ſupradicta Conſtantini lege iurandi in hoc iudicio neceſſitatem. Vtcunq; ſit, parùm enim refert, Dico grauiorem eſſe condemnationem in actione Finium regundorũ ſi quis ideò cõdemnetur quod arbitrio nõ paruerit, quàm ſi ex alia cauſa qualibet, Eãque veram & germanã eſſe notã actionis arbitrariæ, vt quãuis non in omnibus iuretur in litẽ, in omnibus tamẽ grauiùs puniatur is qui arbitrio nõ paruit, & quidẽ ob hoc ipsũ quia nõ paruit, quoniã cõdẽnatio illa nihil niſi pœna contumaciæ eſt *d. §. vlt. Inſt. de offic. iudic. l. vlt. D. de fideiuſſ. d. l. 1. D. de in lit. iur.* Cùm verò ex alijs cauſis extrinſecis cõdẽnatur quis in actione Finiũ regundorũ, puta quòd ex ea fundi parte quã nũc vicini eſſe apparet, aliquam vtilitatem perceperit, aut agrimenſorẽ ab aduerſario ſolo conduci voluerit, ipſe tamen ſui copiam fecerit nec agros metiri prohibuerit, vel ſi lapides aut terminos finales exciderit vel furatus ſit vt *in d. §. vlt. De offic. iudic. & d. l. 4. §. 1. fin. regund.* condemnatio fit in eam præciſè quantitatem ad quam vſque actor ſua intereſſe probauerit. Fit enim hæc condemnatio non ob pœnam neglecti arbitrij, ſed ob factum ipſum ex quo læſus eſt actor, quem indemnem præſtari non tantùm æquitatis ſed etiam rationis eſt. Proinde ſi præter factum ponas etiam arbitrium interueniſſe de aliqua re faciẽda, Vt puta de ſuccidẽda arbore aut de ædificio deponẽdo partéve eius quod in fine agri alieni poſitũ ſit, nõ ſolùm condemnabitur is qui non paruit, vt ſcriptũ eſt *in d. l. 4. §. ſed & ſi quis*, Sed etiam grauiùs condemnabitur, vt contumaciæ quoque ſuæ, quæ impunita nũquam manere debet, pœnã aliquam ſentiat. Et ita eſſe accipiendum puto quod ſcriptum eſt *in d. §. ſed & ſi quis*: Ex quo etiam loco negari non poteſt, quin probetur euidentiſſimè actionem hanc eſſe arbitrariam, cùm in ea condemnationi locum faciat arbitrium, &

contumacia secuta in non parendo. Quod in actionibus strictis planè diuersum est in quibus condemnatio fit ex natura actionis, & rectà, nullo arbitrio præcedente. Qua ex differentia, etiam illa nascitur, quòd cæteræ condemnationes euitari nullomodo possunt, nisi reus ante rem iudicatam actori vltrò satisfaciat *§.vltim.Institut.de perpet.& tempor.action.* quia scilicet non pro pœna sed propter rem ipsam infliguntur. Ea verò condemnatio quæ in pœnam contumaciæ neglectique arbitrij irrogatur euitari potest vsque ad sententiam quia pœnalis est *dict. §.prætereà & dict. l.item si cùm* 14. *§.hæc actio D.quod met. caus.* Idem enim accidit in cæteris quoque pœnalibus si modò tales sint vt restituendæ rei facultatem admittant ad euitandam pœnam, quemadmodum scriptum est de actione in duplum, quæ datur ex edicto De publicanis *l.hoc edicto* 5. *D. de public.& vectig.* Hæc enim restrictio addenda est ad excludendas pœnales illas actiones in quibus nihil ad pœnam euitandam prodest quod paratus sit reus rem restituere ante acceptum quoque iudicium, vt euenit in actione furti *l.qui ea mente* 65.*D.de furt.* Et Vi bonorum raptorum *l.pen. D.de bonor.raptor.* & aliæ similes quæ pœnam irrogant ex delicto, quòd quoniam in facto consistit, non magis per pœnitentiam tolli potest, quàm vt quod factum est pro infecto habeatur *§.item actio* 27.*Institut. de action.* Actiones arbitrariæ mediæ quodammodo sunt inter has & illas pœnales, quia iudicis arbitrio solam rei persecutionem continent, pœnam autem nullam ne tùm quidem cùm ex delicto dantur vt cernere est in actione Rerum amotarum *l.si mulier* 22. *§.hæc actio D.rer.amot.* & in actione in factum quæ datur ex edicto Prætoris De alienatione iudicij mutandi causa facta *l. quia pertinet* 7. *D.eod.tit. De alien.iud. mut.caus.fact.* Sed si arbitrio non pareatur, pœnalem semper habent condemnationem, id est grauiorem in pœnam contumaciæ *dict.l.vltim. D.de fideiuss.d. §.vltim.Instit.de offic.iudic.* Est tamen casus vnus in quo actio Finium regundorum ab initio pœnalis est ita vt nulla oblatione euitari pœna possit ne quidem ante iudicium acceptum. Is est *in l.si constiterit* 4.*Cod.fin.regund.* vbi Imperator idem Constantinus sanxit vt si is qui finalem detulit quæstionem, priusquàm aliquid sententia determinetur rem sibi alienam vsurpare voluerit, non solùm id quod malè petebat, amittat, sed etiam quo magis vnusquisque suo contentus non expetat rem iuris alieni, qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus, tantum agri modum quantum adimere tentauit, amittat. Post quas duas Constantini leges fatendum est valde fuisse derogatum iuri veteri, quod pertinet ad hanc actionem Finium regundorum, & adeò immutatam eius naturam, vt desiisse videatur esse arbitraria, Non quasi nullum hodie sit arbitrium in ea necessarium, aut quòd arbitrium iudicis contemni possit, sed quia è contrario parendum arbitrio est omnimodo, nec proinde potest vlla sequi condemnatio, vt olim, ob id solùm quòd arbitrio non sit obtemperatum. Nec eo tantùm casu quo de agrimensoribus conducendis & mittendis arbitrium iudicis interuenerit. Sed illo etiam quo de succidendis arboribus aut deponendis ædificiis in fine positis, vt *in d.l.* 4.*§.sed et si quis fin.regund.* Nam si tùm quoque cùm possessor vindicationis iudicio conuentus & restituere iussus non paruit, condemnatio nulla eo nomine sequi potest quia manu militari transfereda possessio est in actorē, nec nisi fructuum & omnis causæ nomine cōdemnatio fit vt disertè scriptum est *in d.l.qui restituere*, An non multò facilius est vt is qui arbores succidere, aut ædificiū deponere iussus fuit si nō pareat cogatur pati adhibita etiam, si opus sit, manu militari vt succidantur arbores, aut ædificium deponatur?

Vtrumque

Digitized by Google

Vtrumq; enim eo nō solùm absente sed etiam præsente ac inuito fieri per alios potest. Nulla igitur condemnatio fiet, quæ olim erat necessaria *d. §. sed etsi quis*, nisi pro eo quod aliūde intererit si quid extrinsecus intersit, vt *in d. l. 4. §. 1.* Hoc enim est quod Tribonianus generaliter constitutū voluit *in d. l. qui restituere in fin.* vbi ait sententiā illius legis esse generalē, nec ad vindicationis iudicium restringendā, sed ad omnes actiones protrahendā ex quibus arbitratu iudicis restitui quid & præstari oporteat, quod manu militari fieri possit, nec præcisè factū litigatoris requirat, Cuiusmodi sunt omnia, quæ patientiam solam exigunt, quá scilicet præstare quis cogi potest citra vim & impressionē. In hoc tan ē etiā hodie separāda est vindicatio ab actione Finiū regundorū, quod in vindicatione locus est iis distinctionibus de quibus *in d. l. qui restituere*, Vt si fortè reus dolo malo desierit possidere rē de qua conueniebatur, dānandus sit quanti actor sua interesse sine vlla taxatione in litem iurauerit. Si autem citra dolum malum quanti actor reuera interesse sua probauerit. At in actione Finium regūdorum nullus his distinctionib. locus relinquitur, quia nō sicuti rerū etiam mobilium vindicatio est, quæ facilè occultari possunt, & quarū nomine ideò actionem Ad exhibendū cōparari necesse fuit *l. 1. D. ad exhib.* Ita & actio Finium regūdorum pro rebus mobilibus vlla inducta est. Pertinet. n. duntaxat ad prædia, eáq; rustica nō ad vrbana. Nec. n. cōfines hi sed magis vicini dicuntur, & ea prædia communibus parietibus plerunq; disterminantur, vt monet Paulus *in d. l. 4. §. penul.* Itaq; nihil potest accidere ne quidē per cōtumaciam vnius ex litigatorib. quominùs iudex datus in actione Finium regundorū officio suo fungatur, mittēdo agrimēsores qui etiā absente aduersario fines dirigant cæteráq; omnia faciant, quæ præsente illo fieri possent *d. l. 3. C. eo.* Nec si vnus ex litigatoribus dolo malo desierit post acceptū iudicium & pendente lite possidere: Nā hoc casu tale iudicis officiū esse debet, vt idipsum statuat, quod statueret si alienatio nulla facta esset, vt *in l. 4. §. 1. D. de aqua & aqua pluu. arcend.* Ne alioqui dolus litigatoris pēdente lite alienantis deteriorē faciat condicionē aduersarij, quod Prætor nūquam permittit *l. 1. in princ. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* An igitur dicemus Actionē Finium regundorū hodie strictam esse non arbitrariā? Minimè verò. Nec. n. actiones arbitrarias sustulit Iustinianus *in d. l. qui restituere*, sed tātùm earū vim naturā & potestatē immutauit, augēdo potiùs quàm minuendo. Induxit enim necessitatē præcisam parendi arbitrio iudicis per coactionē non quidem faciendi sed patiendi, Cùm posset olim reus non parēre quāuis nō impunè sed ita tamē si in pecuniariā licèt grauiorem pecuniæ quātitatem cōdēnari mallet. Ideóq; omnimodo necessaria erat condēnatio, si arbitrio non pareretur. Hodie condēnatio nulla necessaria est, sed tantò magis arbitrium, quod vim condēnationis obtinet. Quare si arbitrariarū actionum diffinitionem à me ex nouo iure nunc exigas, Dicā arbitrarias eas esse nō ex quibus si arbitrio iudicis non pareatur sequi debeat condēnatio, vt olim *d. §. prætereà, Inst. de act.* sed in quibus non modò arbitriū interuenire necesse est vt anteà, & quale anteà, sed etiā arbitrio parēri, & arbitrij tanquam sententiæ executionē fieri, etiam manu militari si aliter nō possit. Est igitur etiam hodie actio Finium regundorū arbitraria, ita vt nec aliud arbitrari iudex debeat quàm quod olim, sed nō vt olim condemnare: præterquàm iis casibus in quibus olim condemnatio fiebat nō propter contumaciam & in pœnā neglecti arbitrij, sed ex alia causa qualibet, vt in exēplis *d. l. 4. §. 1. D. fi. regund.* & in priorib. positis *in d. §. vlt. Inst. de offic. iud.* Quātùm aūt intersit an ideò quis cōdemnetur ꝙ arbitrio parere noluerit an ex qua alia causa,

etiam in actione arbitraria, ex eo intelligimus quòd prior cōdemnatio euitari potest si arbitrio pareatur. Posterior nec olim poterat, nec hodie potest etiā si maximè pareatur. In cæteris verò actionibus quæ nō sunt arbitrariæ sed strictæ, apertiùs id intelligitur. In quibus etiam post rem restitutam vel condēnationi locus adhuc relinquitur perinde acsi nulla restitutio facta esset vt in actionibus Furti & Vi bonorum raptorū probauimus ex *l. qui ea mente* 65. *D. de furt. l. pen. D. vi bonor. rapt.* aut saltem dubitationi an adhuc condēnandus sit reus qui post acceptū iudicium rem restituit, vt *in d. l. hoc edicto* 5. *De public. & vectig.* quæ dubitatio non nisi stulta esse posset si ob id duntaxat condēnandus esset reus, quòd iussu & arbitrio iudicis rem nondum restituisset. Libera enim semper potestas est satisfaciendi arbitrio in diem vsque rei iudicatæ *d. l. item si cùm* 14. *§. 1. & §. hæc actio D. quod met. caus.* nec distinguitur, vt *in d. l. hoc edicto*, an restitutio fiat ante iudicium acceptum, an post, cùm non priùs arbitrium reddi possit, quàm & lis contestata fuerit, & facti quæstio nō solùm discussa, sed etiam definita, vt superioribus Decadibus explicauimus. In quo euidens detegitur error illorum contra quos tota hæc De arbitrariis actionibus disputatio à nobis instituta fuit, & qui defendunt primam illam pronunciationem, quam ferri in arbitrariis iudiciis necesse est, vt reddendo arbitrio locus fiat, sententiam esse & condemnationem. Inde enim coguntur fateri, quod miror, post eam pronunciationē non licere iam absoluere reum qui vim aut metum aut dolum fecisse dicitur, quāuis restituat, sed itidem vt in aliis quæ arbitrariæ actiones non sunt, & arbitrium iudicis & litis æstimationem sequi, & specialiter in actione Quod metus causa officio iudicis quadruplari omne id quod restitui oportet. Hæc enim illorum verba sunt, Apertè contrà quàm scriptum sit *in d. l.* 14. *§. 1. & §. hæc actio*. In illa actione cùm sit arbitraria habere reum licentiam faciendi restitutionem vsque ad sententiam ab arbitro datam. Quòd si non fecerit, id est si antè sentētiam & condemnationem quadrupli rem non restituerit, tunc iure meritóq; quadrupli condemnationē, inquit, patietur. Cōdemnationē ergo intelligit quadrupli non eam per quam pronūciatur vim illatam fuisse, aut metum. Eandémq; vocat sententiam ab arbitro datam, quia sequitur hæc arbitrium, quòd prior illa pronunciatio necessariò præcedit. Falsum igitur est, non licere iudici absoluere reum à condemnatione quadrupli quamuis restituat, cùm non statim ea actio sit quadrupli, sed ita demùm si res non restituatur *d. l.* 14. *§. in hac actione in fin.* Nec ob vim illatam aut metum sed ob rem non restitutā. Sicut & falsum illud est quod addunt officio iudicis quadruplari omne id quod restituendum est. Fit enim ea & condemnatio & quadruplatio non officio & arbitrio iudicis, sed ex vi & potestate verborum edicti *d. l.* 14. *§. 1. & §. quatenus & pass. ill. tit.*

ERROR TERTIVS.

De mixtis actionibus quæ in rem & in personam simul esse creduntur.

QVANDO de actione Finium regundorum tam multa dicere iam cœpimus lubet hîc addere aliquid aduersus eos qui actionem hác mixtam esse defendunt eo sensu quòd sit in rem simul & in personam. Quæ sententia est non quorundam interpretum sed omnium

nium tam veterum quàm recentiorum. Omnes enim decepit, quod à Iustiniano scriptum creditur *in §. quædam actiones 20. Institut. de action.* cuius verba nimirum hæc sunt, *Quædam actiones mistam causam habere creduntur tam in rem quàm in personã qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de diuidenda hereditate. Item Communi diuidundo quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est vt id diuidatur. Item Finium regundorũ actio, quæ inter eos agitur qui confines agros habent.* Quibus verbis nihil sanè scribi potuit apertius. Sed tamen nõ est ex interpretibus qui explicet quo sensu aut qua ratione possit verũ esse vt hæ tres actiones dicantur esse tam in rem quàm in personam. Esse enim illas omnes personales constat, Nec vlla tamen est de qua id clariùs expressum sit quàm de actione Finium regundorum *in l. 1. D. fin. regund.* vbi quod additur *loco pro vindicatione rei est* ostēdit manifestè nõ eo minùs censeri debere actionem hanc personalem, quòd comparata sit quasi loco vindicationis, quódque proprietatis controuersiæ cohæreat, vt loquitur Constantinus *in l. 3 C. eo.* neque ob eam causam posse aut realē dici aut mixtã. Alioqui nihil sanè causæ erat cur eam Paulus aut realē, aut mixtam non diceret æquè ac purè & simpliciter personalē. Et tamen hoc vnum est quod afferunt illi, qui mixtam esse volunt, nec minùs in rem quàm in personam, quòd, inquiunt, admixtã habeat causam proprietatis. Magísq; laborãt in aliis duabus actionibus, Familiæ erciscũdæ, & Cõmuni diuidundo in quibus nihil videre possunt, quod cum quæstione De proprietate & dominio quicquam habeat commune. Siquidem non inter alios iudicium Familiæ erciscundæ exerceri potest, quàm quos constet esse heredes, & pro qua parte, nec aliter quàm si neq; hereditatis, neq; partis controuersia vlla fiat *l. 1. in fin. l. cùm putarem 36. D. famil. ercisc.* Sicuti nec iudicium Communi diuidundo nisi inter eos qui fatentur rem esse inter se cõmunē *l. 3. & pass. D. cõmu. diuid.* Auget iis dubitationem quòd cum pleræq; aliæ actiones directæ quidem sint in personam, sed scriptæ tamen in rem, qualis est actio Ad exhibendum *l. 3. §. est autem personalis iunct. §. vltim. l. 4. l. Celsus 5. §. vltim. D. ad exhib.* Itémque actio Quod metus causa *l. metum 9. §. animaduertendum D. quod met. caus.* Mixtas tamen esse has actiones nullibi scriptum est, quod certè non fuerat prætermittendum *in dict. §. quædam*, vbi de mixtis actionibus nominatim & ex professo tractabatur. Quòd si mixtæ illæ non sunt sed merè personales tametsi in rem scriptæ sint, vt de actione Ad exhibendum disertè scriptum est *in dict. §. est autem*, & de actione Quod metus causa *in §. prætereà, Instit. de action.* quis ferat Actiones Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum mixtas appellari, quæ in rem neque directæ sunt, neque scriptæ? Addamus, Si qua actio mixta est eo sensu quòd sit in rem simul & in personam, eam maximè esse petitionem hereditatis. Hanc enim licèt in rem sit, tamen habere mixtam personalem actionem, scribunt Imperatores *in l. hereditatis 7. Cod. de petit. hered.* ob eámque causam rescribunt non submoueri illam præscriptione longi temporis qua submoueri solēt actiones in rē speciales, sed esse perpetuã, quales erant olim ciuiles omnes personales quæ triginta annis hodie concluduntur post *l. sicut 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Et tamen non enumerat eam Iustinianus inter mixtas *in dict. §. quædam.* His nimirum rationibus victus defendi iam olim *lib. 20. Coniect. cap. 10.* tres istas actiones Familiæ erciscundæ Communi diuidundo & Finium regundorum quæ dicuntur mixtæ *in d. §. quædam*, nõ posse eo sensu mixtas appellari, quòd sint tã in rem, quàm in personam: sed ob id potiùs quod in iis vterq; ex litigatoribus duplicem personam gerat &

actoris & rei, vt apertis verbis expressum est *in l. in tribus 13. D. de iud. l. iudicium 10. D. fin. regund. l. inter coheredes 44. §. qui familiæ D. fam. ercisc. l. 2. §. 1. D. cōmu. diuid. l. actionis 37. §. mixta D. de oblig. & act.* Nec me hucusq; sententiæ meæ pœnitet, & emendationis vt verba illa *d. §. quadā, tam in rē quàm in personā* imperito interpreti potiùs adscribenda sint, quàm Triboniano. Nā & ratio quæ sequitur in eodē §. propter quam tria illa iudicia mixtā causam habere dicantur, probat euidenter non quod volūt interpretes esse illa tam in rē quàm in personā, sed ideò dicta duplicia quòd in iis vterq; & actor sit, & reus. In his. n. tribus iudiciis permittitur iudici rē alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare. & si vnius pars prægrauari videbitur, eum inuicē certa pecunia alteri condēnare. Nā quatenus ei adiudicatio fit, actor est, reus aūt quatenus condemnatur. Idq; à nobis supradicto loco bene tractatū est. Sed illud malè quòd mixtas nullas tùm agnoscebamus quæ mixtæ dici possint eo sensu interpretū quòd in rem sint, simul & in personā, Fateri. n. nūc cogimur, Petitionē hereditatis esse mixtā non quòd scripta sit in rē & directa in personam, vt tùm quoq; scripsimus, Sed quod è cōtrario licèt sit directa nō minùs quàm scripta in rē, vt constat ex *l. sed et si 25. §. antep. D. de her. pet.* mixtā tamē habet personalē actionē, vt ait *d. l. hereditatis*, nēpe quoniā habet quasdā, imò plurimas præstationes personales, quę in actionē merè realē venire nūquā possent, vt puta eorū quæ à debitorib. sūt exacta, itēq; preciorū, inquit Vlp. *in d. §. antep.* Et hoc nascitur ex eo quòd iudiciū petitionis hereditatis est vniuersale, ideóq; licet sui natura sit in rē, non minùs quàm vindicatio specialis *l. 1. D. de rei vind.* quoniā quisquis petitionē hereditatis instituit, hereditatē suā esse dicit, & nihil aliud principaliter intēdit, facilè tamē mixturam illam personalis actionis admittit, quam specialis in rem actio admittere nullomodo pōt. Possunt. n. facilè specialia inesse vniuersalib. at specialibus nō magis quàm vt corpus vnū insit alteri, quod citra penetrationē dimēsionū fieri numquam posset. Atq; huc pertinent rationes illæ omnes quas in Coniecturis attulimus, vt mixtas actiones nullas esse probaremus. Quòd actiones omnes dentur aut cōtra eum qui aliquomodo sit obligatus, quæ personales sunt actiones, aut aduersus eum qui nullomodo, quæ reales. Item quod quisquis agit vel intendat aduersarium dare aliquid vel facere oportere, quæ actionum personaliū natura & potestas est, vel nihil tale intendat quod contingit in realibus. Cùm enim duo hæc dilemmata constent ex contradictoriis inter quę nec medium, nec tertiū quicquā esse possit, bona certè consecutio est vt actionē omnem specialem vel realem tantùm vel personalem tātùm esse necesse sit, nullam mixtam, Non magis quàm vt idem aliquid sit vel non sit. Sed non conuenit hæc ratiocinatio vniuersalibus actionibus quæ licet in rem sint absolutè, possunt tamen aliquid constituere, quod aliquo respectu sit personale. Quare quod de hereditatis petitione ciuili scriptum est *in dict. §. antepen. & in dict. l. hereditatis*, mixtam eam esse ex personali licèt potissimùm & maximè sit realis. Idem de qualibet alia hereditatis petitione dici potest siue possessoria & prætoria illa sit, siue fideicōmissaria. Omnes. n. petitioni hereditatis ciuili persimiles sunt, Omnes æquè vniuersales, Æquè in rē sui natura, æquè mixtā habentes personalē. *Tot. tit. De poss. her. pet.* Et *De fideic. her. pet.* At extra has causas quemadmodū vniuersalis actio in rē nulla est, ita nec vlla mixta. Sūt quidem aliæ nōnullæ vniuersales qualis est persecutio fideicommissi per quā petitur restitutio hereditatis ex Trebelliano, Itēq; actio inofficiosi testamēti, & si quæ sunt similes. Sed sūt illę personales tātùm & directę scriptęq; in personā heredis *l. si mulier*

lier 59. §. ex asse D. de iur. dot. l. Papinianus 8. §. *si condicioni D. de inoff. test.* nec vlla potest vnquam subesse ratio, aut necessitas faciendi, vt habeant quid mixtum ex reali, aut vt habeant vllas præstationes reales. Cùm per se possint sufficere tanquam pleniores & efficaciores, quàm reales hoc ipso, quod condemnationem quamlibet extorquere possunt, & ex ordine actionem quoque in rem, si qua necessaria videatur. Vt euenit in fideicommissario, qui post factam sibi restitutionem hereditatis, vbi cœpit habere in bonis res omnes hereditarias, etiã prius quàm corporalem earum possessionem nactus fuerit, vindicationem suo iure posteà exercere potest *l. facta 63. in princip. D. ad SC. Trebell.* iunct. *l. in rem 23. D. de rei vindi. l. rem in bonis 52. D. de acquir. rer. domin.* Actiones verò in rem speciales numquam per se sufficiunt ad extorquendam condemnationem, nisi arbitrio iudicis interueniẽte. Propter quam causam sunt omnes arbitrariç, nec possunt per se habere vllas prçstationes personales. Contrà verò hereditatis petitio ideò non est arbitraria, quoniam licèt sit in rem, tamen vniuersalis est, & tãquam vniuersalis habet præstationes personales, quarum respectu habet mixtam naturam personalis actionis, vt nullo etiam intercedente arbitrio possit extorquere condemnationem, adeóque plenissimam, id est etiam fructuum & vsurarum accessione auctam, quæ natura esse solet earum duntaxat actionum personalium quæ bonæ fidei sunt. Vnde est quòd cùm olim dubitaretur an bonę fidei esset, an stricta, quòd contra eum detur, qui nec expresse nec tacitè fidem vllam dedisse intelligi possit, Iustinianus tandem inter bonæ fidei actiones enumerari eam voluit *in l. vltim. in fin. C. de petit. hered. & §. actionum. Inst. de action.*

ERROR QVARTVS.

De actionibus familiæ erciscundæ & communi diuidundo, Non esse illas in rem vllomodo, & cur ex quasi contractu nasci dicantur.

SVAVIS verò est Cuiacius qui cùm videret Petitionem hereditatis mixtam esse, neque tamen cùm cæteris mixtis enumeratam *in d. §. quadam actiones.* Scripsit in paratitlis *ad tit. C. fin. reg.* Esse hanc quadrigam mixtarum actionum Petitionem hereditatis, Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, Putauit nimirum adiungendam tribus quartam vt quadrigam efficeret, nec vidit ex his quatuor vnam tãtùm esse quæ mixta dici possit quòd in rem sit simul & in personam, Alias mixtas quidem esse, sed alio longè sensu, ac proinde non posse ex his quatuor quadrigam effici, nõ magis quàm ex tribus equis si quartus desit, aut ex vno, si tres. Sed suauior est mehercule, cùm addit has omnes mixtas actiones ex quibus infelicem ipse quadrigam illã constituit, plerunque magis in rem esse quàm in personam. Quòd licèt de hereditatis petitione dicatur verè, vt probauimus, de actione verò finium regundorum minùs euidenter falsum sit, quoniam illa pro rei vindicatione est. Attamen quòd ad actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, euidentissimè falsissimum est, cùm in iis aut circa eas nihil possis comminisci propter quod videri debeant esse in rem. Nec enim qui agit Familiæ erciscundæ, aut Communi diuidundo intendit rem suam esse, imò neque communem, quòd in

necessarium antecedens vtraque actio supponit, non solùm pro vero, sed etiam pro confesso. Quid ergo? Esse obligatum socium ad hoc vt patiatur diuisionem rei hereditarię aut communis, & vt ea præstet, quæ in huiusmodi iudicia veniũt ex bona fide. Fateor nasci actiones istas ex re, vt scriptum est *in l. si quis cùm 29. D. commun. diuid. l. furiosus 46. D. de obli. & act.* Sed nego quod valde improbabiliter Cuiacius infert, Esse igitur illas in rem. Quid. n. habent ista simile? Nasci actionem ex re, & Actionem in rem esse? Alioqui paullatim eò deueniemus, vt dicamus condictionẽ certi ex mutuo condictionẽ indebiti: Actiones depositi, Commodati & pignoratitiam, quas omnes constat esse personales, habẽdas tamen pro actionib. in rem, ideò quòd obligationes ex quib. nascuntur, re contrahantur *Tot. tit. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Replicabis pro Cuiacio, quod non negabo, Aliud esse obligationem re contrahi, Aliud verò nasci actionem ex re ipsa. Quas. n. suprà diximus re contrahi obligationes, eæ pariunt actiones quę omnes ex contractu nascuntur, vel saltem ex quasi contractu vt includam condictionem indebiti. Sed tamen non eo minùs verum est, Bonã non esse consecutionẽ, si quis cũ Cuiacio, actionem aliquã ob id quod ex re nascatur in rẽ esse contendat. Cùm. n. de actione aliqua quærimus an in rem sit, an in personã, non illud inspiciendũ est vnde trahat originẽ, sed in quẽ & ad quid detur, id est quęnam sit actoris intentio, an directa in rem, an in personam. Multò autem absurdior est illa Cuiacij collectio, vt actiones istæ Familię erciscundæ & Communi diuidundo idcirco in rem sint, quia non sunt ex contractu. Quasi verò non possit sufficere, vt sint ex quasi contractu. An non enim actiones personales eæ dicuntur, quę nascuntur ex cõtractu vel quasi aut ex maleficio, vel quasi, adeóq; ex variis causarum figuris *l. 1. D. de oblig. & act.* Atqui actiones has de quib. tractamus Familiæ erciscundæ & Cõmuni diuidundo ex quasi contractu nasci apertè scribit Iustinianus *in § item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Qua igitur fronte potest dici esse illas aut in rem aut mixtas? Difficilius illud est dicere quomodo possint hæ actiones nasci ex quasi contractu, cùm nascãtur ex ipsa rei communione, quę interdum accidit etiam inter ignorantes & citra adfectionem vllam contrahendæ societatis. Vt euenit in re duob. legata. Item si à duob simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio cõmuniter plur. b. obuenit, & in aliis casib. quos exempli loco adfert Vlpianus *in l. vt sit 31. & seqq. D. pro socio.* Nam quod Iustinianus supradicto loco adfert pro ratione vt socij videantur ideò teneri ex quasi contractu, quòd ex maleficio non teneantur, nullam penitus habere rationem videtur, Licèt simili ratiocinatione vtatur Caius *in l. si quis absentis 5. D. de oblig. & act. § tutelæ*, vbi ait, Eos qui tutelæ iudicio tenentur, non propriè ex contractu obligatos intelligi, quoniam nullũ negotiũ inter tutorẽ & pupillũ cõtrahitur, sed quia ex maleficio non tenentur, quasi ex contractu obligatos videri. Si enim bona hæc ratio est, Perinde inferas ex quasi cõtractu nasci omnes, quæ etiam ex quasi maleficio nascuntur, quia illę non ex maleficio verè ac propriè nascuntur *d. l. 5. § pen. & vlt.* Multò magis illas quæ ex variis causarum figuris originem trahunt. quas tamen nemo dixerit ideò nasci ex quasi contractu, quòd ex maleficio non nascuntur. Puto ego sic intelligi rationẽ hanc posse & debere, non vt quisquis actione aliqua tenetur, sed vt quisquis obligatus est, cum necesse sit obligatũ esse, aut ex contractu vel quasi, aut ex maleficio vel quasi. Nam actiones illę quæ directæ quidẽ sunt in personã, sed scriptæ in rẽ, vt Ad exhibẽdũ, Quod metus causa, & si quæ sũt similes quæ nascuntur ex pręsẽti possessione, perinde atq; actiones in rẽ, vt loquitur Paulus *in l. non alids*

24 5.

24.§.*sed si postulatur. D.de iudi.* dantur contra eum qui nullo modo nullóq; iure obligatus est, nec ideò dicũtur in personã esse quòd ex personali aliqua obligatione nascãtur, vt cæterę de quib. dicere solemus habere illas obligationem pro matre *l.licet 42.§.ea obligatio D.de procur.* Sed quia directæ sũt in personã & per eas intendit actor aduersariũ dare aliquid, aut facere oportere, quę perpetua omniũ personaliũ actionũ natura & nota est *§.appellamus Inst.de act.* At actiones Familię erciscundę & Cõmuni diuidũdo nõ sunt ex hoc genere. Dãtur.n. nõ solùm in personã, sed etiã ex obligatione aliqua præcedẽte, quę non potest nõ esse personalis. Bona igitur cõsecutio est, vt cùm nõ nascatur ea obligatio ex cõtractu, neq; rursus ex maleficio, quo nomine etiã quasi maleficiũ significatur hoc loco, fatẽdũ sit nasci eã ex quasi cõtractu: A sufficiẽte scilicet partiũ enumeratione: Verùm hoc ipsũ obscurũ est quęnã sit obligatio illa personalis quę actiones istas Familię ercisc ũdę & Cõmuni diuidũdo parere potest. Quis.n. ferat ignorãtẽ quẽpiã obligari? Respõdẽdũ est, In his duab. actionib. duplicẽ esse obligationẽ, vnã, eámq; priorẽ, ad hoc vt socius postulãte socio & cõdiuisore cogatur pati diuisionẽ rei cõmunis. Posteriorẽ alterã ad præstationes illas personales, quæ iudicio vtriq; cõueniũt, puta si quid vnus ex heredibus aut sociis in rẽ communem impenderit, aut ex re communi fructus aliquos vel vtilitatem aliam perceperit, & posterior quidem hæc obligationis species pro causa potest habere, non tantùm gestionem ipsam, id est hoc quod communiter gestũ appellat Vlp. *in l.vt in conductionib. 33.D.pro socio.* Sed ipsam quoque siue coheredum, siue sociorum, si non expressam saltem tacitam voluntatem. Quotus enim quisque est qui nesciat non posse se ex re communi quicquã percipere, quòd pro socij parte non debeat ei restituere? Aut qui æquum non putet restitui socio quod ille de suo in rẽ communẽ aut conseruandã, aut meliorandam impẽderit supra partem suam? Proinde cùm ea quodammodo lege ac condicione videatur socius accedere ad rei communis administrationem, quã non derelinqui sanè interest cõdiuisorũ omnium, potest nõ malè dici obligationẽ hanc nasci ex quasi contractu, cùm nascatur ex tacita singulorũ condiuisorum voluntate, quamuis reuera contractus nullus intercedat. Alioquin eueniret necessariò vt alter locupletaretur ex alterius iactura, quod quemadmodum ab omni ratione naturali alienum est, ita & à tacita condiuisorum voluntate abhorrere credendum est. Nam & similiter dicimus, Heredem cùm ad hereditatem videri hoc ipso quasi contrahere cum legatariis & creditoribus etiam ignorantibus, quoniam ea veluti lege & condicione adire intelligitur *d.l.5.§.heres quoque D. de obligat.& act.l.3.§.vlt.& l.4.D.quib.ex caus.in poss.eat.l.si duo 38.D.de acquiren.hered.* Sed quod ad priorẽ obligationẽ pertinet, non ita facile dici potest, cur personalis dici debeat, cùm ex nullo facto nascatur, sed ex ipsa tantùm rei cõmunione, quæ licèt nõ cõtingat inter heredes ignorãtes extra causã suorũ, & necessariorũ, qui etiã ignorantes, adeóq; inuiti heredes sunt, inter alios tamen si nõ inuitos certè ignorantes cõtingere, vt diximus, facilè potest, nisi dicamus, quòd necessariò dicendũ est, Hoc ipso quo quis rẽ cõmunẽ habet cum alio, esse illum obligatum vt diuisioni consentire cogatur, quia sicuti nemo inuitus ad communionẽ compellendus est *l.si non sortem 26.§.si centum D.de condict.indeb.* ita nec in communione remanere *l.vl.C.cõmun.diui.* propter discordias scilicet, quas materia cõmunionis excitare solet *l.cũ pater 77.§.dulcissimis De leg.2.* Quid verò aliud est, Rẽ cõmunẽ inter se ac sociũ tuũ diuidi, quam dicere eã partẽ quã socius tuus habeat in qualibet, vel minima gleba rei communis tibi adiudicari vt tua fiat, &

vicissim adiudicari socio quicquid tum fuit in ea portione quæ ad ipsum ex diuisione peruenit. Vt ergo hoc pati cogatur quilibet ex sociis, id est dominij sui amissionē in parte socij, necesse fuit cōparari actiones has personales Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo. Non sufficiente actione Pro socio ne quidem inter eos qui tractatu habito societatem coierunt: quoniam ea actio magis ad personales inuicem prętationes, quàm ad corporum diuisionem pertinet, vt Paulus ait *in l.1. D. commun. diuid.* iunct. *l.2. eod.* Ergo concludamus Actiones Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo, non solùm in rem non esse, quod primus Cuiacius dicere malè ausus est, sed neque mixtam dici posse eo sensu quem putant interpretes quasi sint in rem simul & in personam. Et ex quadriga illa Cuiaciana, solam superesse Petitionem hereditatis, quę hoc sensu mixta dici possit. Idque apparet euidentiùs ex eo, quòd iudicia hæc, & familiæ erciscundę, & Communi diuidundo bonæ fidei esse nemo ambigit. Nam & ita expressim traditum est à Iustiniano *in d. §. actionum De action.* & ab Vlpiano *in l. 4. §. hoc iudicium D. commun. diui.* Quis enim vnquam audiit Actiones in rem in numero actionum bonæ fidei recenseri? Cur námque actiones bonæ fidei eas appellari credimus, nisi quia in iis fiunt cōdemnationes & præstationes ex bona fide? Quam verò bonam fidem possis ab eo exigere, qui nullomodo sit obligatus, nec nisi actione in rem conueniatur? Nec obstat quod hereditatis petitio, quam sui natura in rem esse diximus, mixtam autem ex personali per accidens, ob personales quas habet actiones, bonæ fidei tamen est *d. l. vlt. in fin. C. de petit. hered.* Nam præter id quod ius illud nouum est, & à Iustiniano constitutum *in d. l. vlt.* cùm anteà videretur propiùs accedere ad arbitrarias exemplo cæterarum in rē actionum specialium, vt Iustinianus ipse testatur *in d. §. actionum*, facilè est videre Petitionem hereditatis adnumerari inter actiones bonæ fidei, non quatenus est in rem, sed propter præstationes illas personales, quas ex bona fide fieri in illa actione æquum est, siue contra prædonem, siue contra bonæ fidei possessorem instituatur. At iudicia Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo bonæ fidei sunt, non tantùm ob personales illas præstationes, sed etiam quatenus dantur ad faciendam diuisionē, vt constat *ex d. §. hoc iudicium*: quasi ad hoc quoque obligatis sociis & condiuisoribus omnibus, vt diuisionem ex bona fide fieri patiantur, cùm ferè omnis communio etiam nullo tractatu habito contracta includat in se ius quoddam fraternitatis, quamuis societatis contractui maximè id conueniat *l. verum 63. D. pro socio*, cuius fraternitatis & proinde bonę fidei, ratio semper habenda est, tùm quoque cùm à communione disceditur. Tantóque magis bonam fidem socium socio præstare æquum est, quod non plus à socio petere socius potest, quàm ipse vicissim socio præstare debeat, Cum habeat vnusquisque partem suam in re communi distinctam quidem iuris intellectu & reuera, ita vt verum sit dicere partem vnius non esse partem alterius, At non diuisione corporū, cū nulla sit pars corporis tā exigua, in qua non habeat quisq; suam portionem *l. Manius 66. §. duorum De legat. 2.* Quidni ergo alter alteri bonam fidem præstare debeat in omnibus quæ pertinent ad causam dissoluendæ communionis? Et cur non vnusquisque condiuisorum se obligatum agnoscat, vt præstet socio tantundem, quantum velit ipse sibi à socio præstari? Ex generali æquitate *Tit. Quod quisque iur. in alium stat. ips. eod. vtat.* Obligantur ergo ex quasi cōtractu, quoniā obligātur ex ratione naturali quæ sicuti aliquādo pro lege tacita est, vt *in l. vlt. D. de bon. dam. l. scire 13. §. sufficit vers. si n. D. de excus. tutor.* ita & in hac specie pro tacita quadam pactione haberi debet. Quo etiam referre

ferre soleo quod dicimus, Obligari ex quasi contractu eum qui accipit indebitum *d.l.5.§.ss quoque De oblig.& act.* Etsi enim scribit eo loco Caius obligari cũ quasi ex mutui datione, quia pecunia fit accipientis, vt in mutuo. Subtilius tamen & probabilius est vt dicamus quasi contractũ in eo consistere, quòd cùm ex naturali ratione nemo debeat ex aliena iactura locupletari, quæ potissimùm res inducit condictionem indebiti *l. nam hoc natura 14. D. de condict. indeb.* quisquis soluit indebitum, sicut id agit vt liberetur si debeat, ita & vt obliget accipientem si quod soluitur, indebitum reperiatur, quasi tacita quadam pactione, quæ etiam ipsa fit, & tacito consensu non minùs quàm expressis verbis, aut per epistolam *l. 2. & 3. D. de pact.* Ex eodem enim fonte nascitur, ac proinde ex contrahentium voluntate, vt numeratio quæ liberationem parere non potest, pariat condictionem *l. cùm quis §. de peculio & pass. D. de solut. extra casum l. Neratius 63. De condict. indeb.* De quo alibi scripsimus. Alioquin si is qui indebitum accipit, non id tacitè pacisci videretur, vt acceptam pecuniam redderet, si quando indebitam appareret, Fatendum esset. Id igitur è contrario illum agere vt in illum saltem casum ex aliena iactura locupletaretur: Quod non nisi valdè improbè, ac impudẽter quisquam dixerit. Indéque nimirũ est quod qui sciens indebitum soluit, non repetit, nec si soluat ea mente vt repetat *l. quod quis sciens 50. D. de condict. indeb.* Non quòd hoc casu locus sit regulæ iuris quæ habet, Cuius per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donationem esse *l. cuius 53. de regul. iur.* vt vulgo creditur, cùm ponamus contrariam esse in soluente voluntatem, sed quoniam hoc casu non potest videri ex quasi contractu obligatus is, qui indebitum accepit, Cessante scilicet ratione illa naturali quam solam facere diximus, vt is cui indebitum soluitur ex quasi contractu obligetur. Nec enim ratio vlla iuris naturalis aut æquitatis ciuilis fauet ei qui seipsum decipit *l. nam si scit 26. D. de rei vindicat.* nec iacturam vllam sentire videtur is qui ex culpa sua sentit *vulg. l. quod quis 50. De reg. iur.* Nec stultis succurrere ius solet, sed errantibus *l. regula 9. §. pen. D. de iur. & fact. ignor.*

ERROR QVINTVS.

De differentiis quæ sunt inter actionem Finium regundorum, & actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo.

HABENT quidem hæ tres actiones similia quàm plurima, Et illud maxime quòd mistæ & duplices dicuntur, quòd in iis vterque litigatorum & actoris & rei partibus fungatur. Quo nomine ferè coniunguntur, vt *in l. in tribus 13. D. de iudic. l. iudicium 10. D. fin. regund. l. inter coheredes 44. §. qui familiæ D. fam. ercisc. l. 2. §. 1. D. commun. diuid. l. actio 37. §. mixtæ D. de oblig. & action.* Item quòd omnes sunt in personam, vt probauimus. Sed tamen habent etiam multa dissimilia, vt ex iis quæ proximè diximus, intelligi satis potest. Illud verò primùm, quòd actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo sunt bonæ fidei *§. actionum Inst. de action.* Finium verò regundorum, neque bonæ fidei, neque stricta, sed arbitraria. Item quòd actio hæc Finium regundorum licèt in personam sit, tamen pro rei vindicatione est *l. 1. D. fin. regund.* At Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo actiones sicuti vindicationes nullomodo sunt,

ita neque pro vindicatione. Nam vel non constat rem non esse communem & tunc agendum est petitione hereditatis, si res sit hereditaria, vel rei vindicatione, si hereditaria non sit *l.1.§.1.D.famil. ercisc.* vel constat rem esse communem & pro quibus partibus, & eo casu nullus vindicationi locus esse potest, quia rei cōmunis nulla pars vel minima tam est vnius, vt non sit etiam alterius. Quę ratio vindicationē excludere solet, ac tantò magis inducere actionem, vel Familię ercifcundæ, si res sit cōmunis ex causa hereditaria, vel Cōmuni diuidundo, si ex alia qualibet *l.idem Pomponius 5.in princip.& §.Al.Pomponius 8.D.de rei vindic.* Nemo enim potest aut rem aut rei partem vllam vindicare, nisi quam possit in totum suam dicere *d.l.Pomponius 8.l.in rem 23.& pass.eod.l.Quintus Mucius 27. §.argento D.de aur.& argent.leg.* Ob idque nimirum dicuntur fuisse necessarię actiones Familiæ ercifcundæ, & Cōmuni diuidundo *in d.l.1.D.famil.ercisc.* quod vtique dici non potest eo casu quo competere vindicatio possit. Quid enim expeditius quàm agere directa rei vindicatione quoties competit? Tertia differentia est, quòd iudicia Familię ercifcundę, & communi diuidundo sunt diuisoria, & arbitri diuisorij dicuntur, qui aut Familiam aut rem aliquam ex quacunq; alia causa, communem diuidunt. At iudicium Finium regundorum nullomodo diuisorium est, Ideóque non potest competere inter eos qui communem fundum habent *l.4.§.qui communem D.fin.regund.* Quinimò quod magis est, si cōmunem fundum ego & tu habeamus, & vicinum fundum ego solus, Placet non posse nos accipere iudicium Finium regundorum *d.l.4.§.si communem* vbi Paulus rationem adfert, quia ego & socius meus in hac actione aduersarij esse non possumus, sed vnius loco habemur. Ibidem addit ex Pomponio, Ne vtile quidē iudicium Finium regūdorum in hac specie dandum esse, cùm possit is qui proprium habeat, alienare fundum proprium vel communem, & sic deinde experiri. Ex quo loco euidenter apparet, non inter alios capi posse iudicium Finium regundorum quàm qui nihil commune habeant in iis fundis quorum nomine iudiciū accipiatur. Quo admisso quid absurdius obsecro, dici potest, quàm hoc iudicium esse diuisorium? Siquidem diuisio quęlibet supponit in necessarium antecedēs communionem aliquam, quæ vbi nulla est, ibi nec diuisio vlla sequi, nec proinde iudicium vllum diuisorium accipi potest. Vnde fieri etiam illud videtur, quod apud Paulum sequitur *in d.l.4.§.hoc iudicium* vt iudicium Finium regundorum habeat locum duntaxat in confinio prædiorum rusticorum, non etiam vrbanorum: nec enim confines dicuntur fundi vrbani, sed magis vicini, & cōmunib. parietib. plerūq; disterminantur. Et ideò, inquit, etsi in agris ædificia iuncta sint, quāuis nō tam vrbana quàm rustica prædia esse videantur secundum eorum sententiam, qui vrbana à rusticis, non tam materia vel qualitate, & vsu quā loco distinguunt, vt Neratius *in l.eo iure 4.§.1.D.in quib.caus.pig.vel hypoth.tacit.contr.* aliter quàm Vlpianus *in l.vrbana prædia 198.de verbor.signif.* & Pomponius *in l.vrbana familia 166. iunct. l.fundi 211.eod.l.1.commun.præd.* locus tamen huic actioni non erit, & contrà potest etiam in vrbe latitudo talis hortorum contingere, vt etiam finium regundorum agi possit. Disterminatio igitur illa prædiorū vrbanorū, quæ vt diximus, fit per cōmunē parietē, impedit iudiciū Finiū regundorū, tāquā mediū quoddā inhabile, quoniā vbi aliquid vel minimum intercedit cōmune, nihil de finibus regendis tractari potest: sed tunc tantùm cùm fundi sunt confines, id est alter in alterius confinio sic constitutus, vt nihil sit diuidendum, quia nihil sit commune. Non dico, vt nihil medium sit. Erat enim necessariò relinquendum olim spatiū quinque pedū, vt eo spatio ire

agere

agere vterque dominus posset, & circumuerti aratrum facto eatenus sulco, vt post Alciatũ Cuiacius & alij recentiores ferè omnes benè adnotarunt *ad l. quinque pedum 5. C. fin. regun.* Obseruantes fuisse demùm illud finale iurgium de quo *in d. l. quinque pedum*, & eius spatij prohibitam fuisse primùm vsucapionem per legem duodecim tabularum, deinde pręscriptionem quoque submotam ea Imperatorum constitutione, cuius initium extat *in d. l. quinque pedum.* Pręscriptionem, inquam, longi temporis, quæ vt plurimùm erat subsidiaria vsucapionis ratione, & locorum & rerum, vt constat ex Iustiniano *in Tit. de vsucap. Inst. & De transform. vsucap.* Nam per longissimi temporis præscriptionem totam De finibus quæstionem perimi & extingui constat *ex l. vlt. C. fin. regund.* vbi iidem Imperatores qui hoc ius nouum induxerant præscriptionis longissimi temporis *in l. sicut 3. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* disertè constituunt, vt in finali quęstione locum habeat præscriptio, non quidem longi temporis, sed longissimi, hoc est annorum triginta, non alia vtique ratione quàm quòd is sit finis vitæ actionum omnium personalium, inter quas est actio Finium regundorũ, quãuis ex qua parte pro rei vindicatione est, actionũ realiũ iure cẽsenda potiùs videbatur, quæ per longi temporis præscriptionem excluduntur *d. l. sicut l. hereditatis 7. C. de hered. petit.* Cùm igitur verũ sit quod probauimus Iudiciũ finiũ regũdorũ, nõ solùm nũquã dari pro fundo cõmuni, sed neq; pro fundis cõfinib. & vicinis, si quid commune intercedat. Quis ferat quod scribit Cuiacius in paratitlis *C. ad tit. Finiũ regũdorũ*, Esse hoc quoq; iudiciũ diuisoriũ, sicut illa Familię erciscũdę, & Cõmuni diuidũdo? Neq; sanè per hãc actionẽ id agitur, vt quicquã diuidatur, sed vt fũdorũ singulorũ quos iã diuisos esse constat, certi fines & termini cõstituãtur, nõ vti ne quid cõmune dicatur, aut cõmune remaneat, sed ne dum suo quisq; iure vti se putat, ius alieni dominij inuadat, prębeátq; ea cõtẽtio maiorẽ materiã nõ modò litiũ, sed etiã rixarũ, quas parere plerũq; solet, nõ minùs vicinitas sine cõmunione, quã ipsa cõmunio *l. cũ pater 77. §. dulcissimis de leg. 2.* Fefellit vt puto Cuiaciũ quòd tractat⁹ de actione Finiũ regũdorũ tã in Digestis quã in Codice cõiũgitur tractatui De iudiciis illis diuisoriis Familię erciscũdæ & Cõmuni diuidũdo, hac sola differentia quòd in Digestis pręcedit, in Codice sequitur Verũ nõ fit hoc ex eo ꝙ tria illa iudicia sint omnia diuisoria, sed propter aliã similitudinẽ illã quã inter se habẽt quòd omnia sũt eodẽ modo, eódẽq; sẽsu duplicia, Ideóq; nimirũ in Codice, quod obseruatione dignũ est post duos illos titulos ꝗ pręcedũt Familię erciscũdę & Cõmuni diuidũdo sequitur immediatè titulus *Cõmunia vtriusq; iudicij tã familiæ erciscũdæ quã Cõmuni diuidundo* qui distinguit tractatũ illũ à tractatu sequẽti *Finiũ regũdorũ*, quẽ tamẽ pręcedere debuerat, si iudiciũ quoq; Finiũ regũdorũ esset diuisoriũ, vt quid omnib. iudiciis diuisoriis cõmune esset, vnico titulo, eóq; cõmuni explicaretur. Quẽadmodũ si quis esset titulus *Cõmunia dupliciũ iudiciorũ*, is haud dubiè collocatus esset in Codice post tractatũ & Tit. finiũ regũdorũ. Iudicia ergo diuisoria duo tãtũ sũt, Duplicia verò tria. Perinde tamẽ arbitri dicũtur ij qui fines regũt & inter vicinos de finib. regẽdis & dirigẽdis cognoscũt, atq; illi qui de erciscũda familia & pro aliarũ rerũ cõmuniũ diuisione à Prætore dãtur, sicut & iudices oẽs appellãtur. Nẽpe quia eorũ arbitrio multa permitti necesse est pro locorũ & ꝑsonarũ varietate, quę tamẽ sine iudicio dirimi nullomodo possũt. Iudici. n. Finiũ regũdorũ licèt hoc ipsũ nominatim mãdẽt & pręscribãt vt fines dirigat, si tamẽ dirigere nõ possit, permittitũ adiudicatione cõtrouersiã dirimere, Et si fortè amouẽdę veteris obscuritatis gratia per aliã regionẽ fines dirigere iudex velit, põt hoc facere ꝑ adiudicationẽ & cõdẽnationẽ. Quo casu op⁹ est vt ex alterutri⁹ ꝑdio alij

adiudicetur: Quo nomine is cui adiudicatur, inuicem pro eo quod ei adiudicatur, certa pecunia condemnandus est *l.2.§.1.& l.3.D.fin.reg.* Sic enim lego *in d.l. 2. §.1.* in illis verbis *vt vbi non possit dirigere fines* non vt vulgò *dirimere*. Diriguntur enim fines & reguntur non dirimuntur. Quæstio autem & controuersia de finibus illa est quæ dirimitur, non quæ dirigitur *l. si irruptione 8.§.1.eod.* Cùm verò arbitrio parêre non vult alteruter litigantium, tùc arbitrariam actionem esse apparet, quia propter contumaciam grauior fit condemnatio, vt in superioribus ostendimus, ex *l.4.§.sed si quis iudici eod.tit.* Et ab hoc nimirum arbitrio dicitur arbitraria, non ab illo quod interponit iudex tanquam arbiter in finibus dirigendis. Alioqui etiam familiæ erciscundæ & Communi diuidundo iudicia essent arbitraria sicuti sunt arbitraria, quod falsum est. Neque verò necesse est, vt ob eam causam constituantur arbitraria, cùm sint bonę fidei, quod per se sufficit ad extorquendam condemnationem, siue arbitrio pareatur, siue non *l. in bonæ fidei 7.D.de eo quod cert.loc.* Sicque accipio quod scriptum est *in l. inter coheredes 44.§.1.D.fami.erciscun.* Si familiæ erciscundę vel Communi diuidundo actum sit adiudicationes Prætorem tueri exceptiones aut actiones dando, Ad differentiam scilicet actionis Finium regundorũ in qua licèt fiant similiter adiudicationes, non tamen eas tuetur iudex data aut actione aut exceptione, sed irrogata in pecuniam contumaciæ grauiori condemnatione *d.l.4. §.sed & si quis iudici & d.l.si irruptione 8.in princ.* vbi quod Vlp. ait de præside prouinciæ perinde locũ habet in iudice dato à Præside de finibus regendis, vt postquàm domino suum restitui iussit, si arbitrio & iussui non pareatur condemnari contumax possit, & debeat quanti iudex ęstimauerit. Alia etiam differentia est inter actionem Finium regundorum, & actiones Familiæ erciscundę & Communi diuidundo, quod pertinet ad fructus, licèt in hoc videantur æquiparari *in l.pen.D. fam.ercisc.* Nam in iudicio Finium regundorum, non alij fructus veniunt in restitutionem & condemnationem, quàm qui percepti sunt post litem contestatam, *d.l 4.§.post litem fin.regund.* vbi Paulus addit fructus ante iudicium perceptos, non omnimodo in hoc iudicium venire. Aut enim bona fide, inquit, eos possessor percepit & lucrari eũ oportet, si eos consumpsit. Aut mala fide & condici oportet. Quæ ratio demonstrat Paulum eo loco, non nisi de consumptis fructibus tractare. Extantes enim vtique veniunt in restitutionem officio iudicis, quemadmodum cõtingeret in directa rei vindicatione *l.certum est 22. C.de rei vindic.§.1.Inst.de offic.iudic.* Quidni enim idem accidat in actione Finium regundorum, quę licèt in personam sit, tamen pro rei vindicatione est, *d.l.1.D fin. regund.* Quamquam & in actionibus in personam idem obtinet, vt post litem contestatam causa præstetur, quoniam quale quid est cùm petitur tale dari debet, vt subtiliter ratiocinatur Papinianus *in l.2.D.de vsur.* qui tamen locus non de omnibus in personã actionibus intelligi debet, sed de strictis tantùm, Quoniam cæteræ quæ vel bonæ fidei sunt, vel arbitrariæ, non referuntur ad tempus litis contestatæ, nec quod ad fructus, nec quod ad ineundam rei æstimationem tatinet, sed vel ad tempus morę *l.mora 32.§.in bonæ fidei iunct.l.vsurae 24.l.videamus 38.§.in cæteris eod.titu.* vel ad aliud tempus quod præcedat litis contestationem. Et ob eam nimirum causam nihil tale vllibi scriptum est de iudiciis Familiæ erciscũdę, & Cõmuni diuidundo, quòd de iudicio finiũ regũdorũ *in d.§.post litem*, vt in illis iudiciis non omnimodo veniant fructus qui ante litem contestatam percepti sunt. Veniunt enim omnes, quia ex bona fide illud est, cùm non possint videri bona fide percepti & consumpti ab vno & condiuisoribus in solidu.n

in solidum ex re quam sciuit hereditariam aut alio iure communem. Si enim ignorauerit, aliud est, & fructus omnes percipiendo suos facit interim, & consumendo lucratur, vt alius bonæ fidei possessor quilibet *l. inter coheredes* 44. *§. fructus D. famil. ercisc.* iunct. *d. §. post litem & l. bona fidei* 48. *De acquir. rer. domin. l. non est ambiguum* 9. *l. coheredibus* 17. *C. famil. ercisc.* Sed & iudicium hoc Finium regundorum nõ esse diuisorium ex eo intelligimus, quod scriptum est *in l. 9. D. fin. regund.* Manere hoc iudicium quamuis socij cõmuni diuidundo egerint, vel alienauerint fundũ. Nec enim possent de eodẽ fundo plura iudicia diuisoria cõpetere. Et idcirco postquàm actum est Familiæ ercifcundæ non potest amplius agi Cõmuni diuidundo, nisi si quæ res hereditariæ per arbitrũ familiæ erciscũdæ indiuisæ relictę sunt, quod tamẽ ne eueniat cauere bonus arbiter familiæ erciscundæ quantũ potest debet, quia semel acceptum familiæ erciscundæ iudicium iterum accipi nõ potest *l. heredes* 25. *§. iudex antep. l. si filia* 20. *§. familiæ D. famil. ercisc.* Iudicium autem Communi diuidũdo licèt accipi sæpiùs possit, quia non sicut vna tantùm vnius hominis familia & hereditas est *l. si certarum* 17. *§. 1. D. de testam. milit.* Ita in vna hereditate, vna tantùm res est quæ diuidi possit, Numquam tamen de eadem re sæpiùs accipitur *d. l. inter coheredes* 44. *in princ. famil. ercisc. l. 4. §. hoc iudicium D. commun. diuid.* Postrema denique differẽtia est, ne leuiores omnes quæ ex his pendent recenseam, quod & Familiæ erciscundę, & Communi diuidũdo rectè agitur siue neuter possideat siue alter sociorũ fundum non possideat *l. penult. D. commun. diuid.* vbi Scæuola licèt nõ nisi de actione Communi diuidũdo loquatur, non aliud tamen de actione Familiæ erciscũdæ sensisse videri potest. Vtraque enim ad causam dominij tantùm pertinet nõ item ad causam possessionis. At finium regundorum quæstio licèt ipsa quoque proprietatis controuersiæ cohæreat non priùs tamen tractãda est quàm possessionis quæstio finita sit. Nec priùs agrimẽsor præcipiendus est ire ad loca vt patefacta veritate ipsum de finibus litigium terminetur, inquit Constantinus *in l. si quis* 3. *C. fin. regund.* Cùm enim actio Finium regundorum pro vindicatione sit *d. l. 1. D. eod.* consequens est vt non nisi contra possessorem exerceri possit, sicuti neque rei vindicatio *l. officium* 9. *l. is qui destinauit* 24. *l. qui petitorio* 36. *D. de rei vindic.* Et cùm in ea Finium regundorum actione vterq; & actor sit & reus, necesse est vtrũq; litigatorem possessorem esse eius fundi pro quo de finibus disputatur, vnumquemque scilicet fundi sui cuius fines ampliare contendit. Neq; tamen de hac singulorum fundorum possessione Constantinus loquitur, sed de ea quam sibi quisque litigantium adserit finium ampliorũ, id est eius spatij quo ipsa de finibus quæstio concluditur. Planè vbi semel acceptum est iudicium Finium regundorum inter vicinos eosdémque propriorum fundorum possessores non eò minùs manet & durat quod socij qui ex vna parte aduersus alterum nõ socium litigabant, egerint inuicem Communi diuidundo, vel fundum alienauerint: qui proculdubio sensus est Iuliani *in dict. l. iudicium* 9. *fin. regund.* Et ratio est, quia semel constitutum iudicium quodlibet immutari posteà ex iis quæ superueniũt non potest, cùm in iudiciis quasi contrahatur vulg. *l. 3. §. idem scribit D. de pecul.* Ne alioqui esset in potestate vnius ex collitigatoribus fundum alienãdo iudicium bene constitutum euertere atque ita duriorem facere aduersarij condicionem. Quod fieri numquam potest *l. quamquam* 4. *§. Iulianus D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* vbi ex eodem Iuliano idipsum proponitur in actione Aquæ pluuiæ arcendæ, quod *in dict. l. iudicium* de actione Finium regundorum. Longéque alia sentẽtia est edicti Prætoris *De alien. iudic. mut. caus. fact.* Pertinet

enim ad iudicium futurum, non ad illud quod iam constitutum & acceptum sit *l.ex hoc edicto* 8.*§.* 1. *ill. tit.* Nempe quia ad retinendum iudicium iam constitutum nil obstante alienatione deinde secuta, nullo fuit opus edicto, cùm ratio iuris communis sufficeret: Nec enim potest quisquam suo facto se exuere ea obligatione quam contrahit iudicium accipiendo, vt neque ab alia *l.si seruum* 91. *§.videamus De verb.oblig.*

ERROR SEXTVS.

De actionibus ædilitiis Redhibitoria & Æstimatoria, siue Quanto minoris an sint arbitrariæ.

ILLI ipsi qui ex arbitrariarum actionum numero multas tollunt quæ verè sunt arbitrariæ, Cōtrario errore quasdam faciunt arbitrarias quæ tales esse aut dici nullomodo possunt. Inter cæteras sunt duæ illæ ædilitiæ de quibus nunc dicēdū nobis est, Redhibitoria & æstimatoria, siue Quanto minoris. De quibus vt nō dubitent quin arbitrariæ sint, illud facit quod scriptū vident *in l.bouem* 43.*§.si sub condicione penult. D.de ædilit.edict.* Si sub condicione homo emptus sit qui in ea causa est vt redhiberi possit redhibitoria actione inutiliter agi ante condicionem existentem, quia, inquit Paulus, nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri nō potest. Quasi verò sola arbitrij mētio sufficiat vt non videatur Paulus dubitasse quin redhibitoria actio sit arbitraria. Sed aliud & vt videtur fortius argumentum iidem sumunt ex *l.redhibitoria* 45.*eod.tit.* vbi disertè Caius scribit redhibitoriam actionem habere duplicem cōdemnationē. Videtur enim hoc esse proprium earū actionū quæ dicuntur arbitrariæ, in quibus ex vulgari errore interpretum duæ feruntur sententiæ, vna quæ arbitrij loco sit, altera quæ condemnationis. De æstimatoria verò actione, siue Quāto minoris etsi supradictis legibus nihil dicitur, nō aliud tamen iudicium esse potest siue quòd vtraque ædilitia sit *l.cùm autem* 23.*§.si seruus & seq.l.si quid* 18.*l.*28.*l.ædiles* 38. *l.si tamen* 48.*§.in ædilitiis & seq.* iunct. *l.præced.eod.tit.l.*2.*Cod.de ædilit. action.* siue quòd tanta se vicinitate contingant vt aliquando æstimatoria etiam redhibitoriam contineat, Nam si adeò nullius precij sit seruus, vt ne quidem expediat domino tale mācipium habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licèt æstimatoria actum fuerit, officio iudicis continebitur, vt reddito mancipio precium recipiatur. *d.l.l bouem §.aliquando & l.si is qui* 25.*§.*1.*D.de except.rei iudicat.* Nec contrà defendimus, æstimatoriam actionē non esse arbitrariam, cùm ei non conueniat diffinitio arbitrariarum actionum. Quodnam enim iudicis arbitrium interuenire potest, cui si non pareatur grauior ob eam causam sequi debeat condemnatio? Nimirum ad id tantùm competit æstimatoria vt tanti cōdemnetur emptori venditor quantò minoris fuit res vendita cùm venderetur *d.l.l.Ædiles* 38. Quæ condemnatio cùm tota sit ad pecuniam numeratam, non potest augeri ex contumacia. Ideò namque fuit necesse induci vsum arbitrariarum actionum quemadmodum suo loco disputauimus, vt reus si arbitrio iudicis nollet rem restituere, aut quid aliud facere quod facere iussus esset, tantò grauiore condemnatione pecuniaria in contumaciæ suæ pœnam mulctaretur *l. vltim.D.de fideiuss.l.item si cùm* 14.*§.*1.*& §.hæc actio & pass.D.quod met.caus.cum similib.*

similib. Nempe quòd nemo ad factum præcisè cogi debeat, idcóque nec condẽnari, sed litem in pecunia æstimari oporteat vt iudicati executio facilem exitum habere possit. *l.4.§.ait Prætor.D.de re iudic.* Ergo cùm id quod per actionẽ propositam primò & per se ac principaliter petitur, nihil nisi pecunia numerata est: Consequens fit vt neque arbitrium vllum præcedere necesse sit, nec proinde actionem vllam induci arbitrariam. Excipio semper actionem De eo quod certo loco, quæ licèt non solùm sit arbitraria, sed etiam per emphasim speciale nomen suum fecerit, quod alioqui generale est, nullum tamen arbitrium præcedens exigit, de faciendo, quia scilicet per eam nihil nisi merx aut pecunia petitur, numquam fundus vt suo loco docuimus. Planè si quis etiam traditurum se aliquid certo loco stipulanti promiserit, erit illa actio arbitraria eodem sensu quo cæteræ, eádémque ratione *l.in bonæ fidei 7.§.1. D. de eo quod cert. loc.* quia traditio facti est *l.consilio 7.§.vltim.D.de curat.furios.* Actio igitur æstimatoria siue Quanto minoris arbitraria esse nullomodo potest, Aut locus aliquis iuris quærendus erit, qui probet Arbitrari ante omnia iudicem debere vt præstet vẽditor emptori quantò minoris res fuerit tempore venditionis, ac ni pareat, in maiorem quantitatem aliquam ex ea causa & eo nomine condemnetur, quod certè nullibi scriptum est. Neque sanè leges supradictæ quæ de arbitrio iudicis loquuntur, pertinent ad actionem æstimatoriam, sed tantùm ad redhibitoriam, Aut si ad æstimatoriam quoque, non ad aliam quàm quæ redhibitoriam continet *dict.§.aliquando l.bouem 43.de adilit.edict.& dict.l.si is qui 25.§.1. De except. rei iudicat.* Hæc enim quatenus redhibitoriam continet, nihil nisi redhibitoria est. Redhibitoriæ porrò actionis diuersam rationem esse eámque arbitrariam dici debere vtique non inficior. Id enim planè est quod Caius scribit *in dict.l. redhibitoria 45.De adilit.edict.* actionem redhibitoriam habere duplicem condemnationem, Non quasi in vno eodémque redhibitoriæ actionis iudicio duplex condemnatio interueniat cui satisfieri vtrique oporteat, sed eo penitus sensu quo dicunt nostri licèt minùs propriè duplicem in arbitrariis iudiciis sententiam interuenire. Sicuti ea quæ apud Caium sequuntur, benè explicant. Modò enim, inquit, in simplum, modò in duplum condemnatur venditor. Et adiicit, *Nam si neque precium neque accessionem soluat, neque eum qui eo nomine obligatus erit, liberet, Dupli precij & accessionis condemnari iubetur. Si verò reddat precium & accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.* Eleganter omnino si quid vnquam elegans ab elegantissimo Iureconsulto Caio scriptum est. Sensus enim est, In actione redhibitoria, vt in cæteris omnibus arbitrariis versari primùm quæstionem facti, quæ tota in eo consistit, vt inspiciatur an res vendita & de cuius redhibitione agitur in ea causa sit vt redhiberi debeat necne, id est an quid vitiosum habeat, quod ex Ædilium edicto redhibitoriam possit inducere. In quo differt redhibitoria ab actione illa in factum de qua Vlpianus *in l.quòd si nolit 31.§.in factum actio eod.tit.* quæ competit ad recuperandum precium quoties mancipium iam redhibitum fuerit. In qua actione, vt ibi Vlpian. ait, non hoc quæritur an mancipium fuerit in causa redhibitionis, sed hoc tantùm an redhibitum fuerit. Nec immeritò, inquit: Iniquum est enim postquàm venditor agnouit, recipiendo mancipium, esse id in causa redhibitionis, quæri adhuc vtrum debuerit redhiberi, an non debuerit. Illud planè actio illa exigit vt seruus sit redhibitus. Cæterùm nisi redhibitus fuerit cessat actio & deficit, etiamsi nudo consensu placuerit vt redhibeatur. Non enim conuentio de redhibẽdo facit locum illi actioni, sed

ipsa redhibitio, vt ibidem subiicit Vlpianus. Verùm tam hæc in factum actio quàm redhibitoria, arbitraria est: Nec illa in alio ab hac dissimilis, nisi quòd in redhibitoria præcedens interlocutio quæ totam facti quæstionem finit, pronũciat, Seruum quo de agitur esse in causa redhibitionis, In hac autem in factum actione pronunciatur, Redhibitum iam esse, quia nec de alio in ea quærebatur, nisi an esset redhibitus. Vbi verò ita pronunciatum est, siue redhibendum, siue iam redhibitum esse seruum, tum verò sequitur arbitrium iudicis qui de his actionibus cognoscit, sed pro actionum varietate diuersum. Nã in actione redhibitoria duplex iudicis arbitrium esse debet, Vnum quod pertinet ad personã emptoris vt seruum venditori redhibere, ac reddere iubeatur, aut saltem cauere de restituendo mancipio si pecunia sibi soluta erit, ne alioqui emergat iniquitas si compellatur emptor corpus dimittere & mitti ad actionem iudicati aduersus inopem fortassis venditorem vt Vlpianus & Caius ratiocinantur *in l. Ædiles etiam 25. §. vltim. & legib. seq. eod. tit.* Alterum quod pertinet ad personam venditoris vt precium emptori reddat cum accessionibus omnibus, vt eadem sit causa vtriusque, & venditoris & emptoris quæ esset si venditio facta nõ fuisset *l. cùm autem 23. §. 1. & vltim. eod. tit.* Id enim est quod Iulianus dicebat ab Vlp. relatus *in §. Iulianus eiusd. leg.* Iudicium redhibitoriæ actionis vtrumque, id est venditorem & emptorem quodammodo in integrum restituere debere: Et quod Paulus *in l. facta 60. eod.* facta redhibitione omnia in integrum restitui perinde acsi neque emptio, neque venditio intercessisset. Ita autem reddito arbitrio, si emptor pareat, & seruum redhibeat, alterutrum euenire necesse est vt vel venditor quoque pareat vel non pareat. Si parebit satisfactum erit iudici qui nihil aliud egit iubendo, nisi vt quod iubebat fieret. Idipsum enim emptor petebat, nec iudici satisfieri in his iudiciis aliter potest quàm si actori satisfiat. In id namque potissimum comparata sunt vt reus arbitrio iudicis actori satisfaciat *§. præterea, Instit. de action.* Et consequenter nulla hoc casu potest sequi condemnatio, sed absolutio duntaxat, cùm iudicia omnia absolutoria sint posteaquàm actori satisfactum est *§. vltim. Instit. de perpet. & tempor. act.* Videtur tamen condemnari, vt Caius loquitur *in dict. l. redhibitoria*, quoniam in summa idipsum præstat quod actor voluit, & quod iudex iussit ita vt nihil amplius supersit quod aut emptor petere aut venditor præstare possit. Et verò non ad hoc comparatæ sunt actiones arbitrariæ vt sequatur ex iis aliqua condemnatio, qui finis & terminus est cæterarum actionum omnium, sed vt iudicis arbitrio reus actori satisfaciat, expectato tantùm arbitrio & iussu iudicis, non etiam expectata condemnatione. Cui cùm nec aliter locus sit quàm si contumax sit reus in parendo, mali quodammodo est ominis sperare contumaciam ad sperandam condemnationem, quamuis Prætor in concipienda formula condemnandi mẽtionẽ facere cogatur, sed sub condicione illa *ni arbitrio iudicis actori reus satisfaciat*, ne alioqui contumacia rei maneat impunita, quæ pœnam sanè meretur. Ergo non condemnatur hoc casu venditor sed condemnari videtur, quia tantundem ei abest, quantùm si quod in arbitrium iudicis deductum est, in condemnationem deductum esset. Ex quo apertiùs intelligimus quantùm à veritate aberrent illi, qui cùm nolint admittere duas in arbitrariis iudiciis ferri sententias sed vnam tantùm, non aliam tamen sententiam agnoscunt quàm interlocutionem & pronunciationem illam quæ arbitrium præcedit & per quam pronunciatur super quæstione facti in ea causa rem esse, vt pro actore arbitrium reddi æquum sit. Nam si ita esset, nõ duplicem, vt Caius ait sed triplicem condem-

condemnationē in vnaquaq; actione arbitraria interuenire necesse esset. Primā in pronunciatione illa interlocutoria, quæ solam facti quæstionem definit, citra vllā tamen cōdemnationem. Secundā in arbitrio per quod iubetur reus actori vel hoc, vel illo modo satisfacere, quæ tamen nec ipsa condemnatio est quāuis effectū & potestatē condemnationis obtineat. Tertiam & postremam in ea adiudicatione quę fit actori in pecunia ob id quòd arbitrio paritum & obtemperatū non sit. Et hæc sanè vnica verè cōdemnatio est, quæ cùm fiat in duplū eius quantitatis quæ arbitrio continebatur pœnam in eo quod simplū excedit, proculdubiò continet. Pœna.n.illa est neglecti arbitrij, quemadmodū & in directa rei vindicatione si arbitrio iudicis res non restituatur, magno condemnandus est reus in pœnā suæ contumaciæ, quomodo loquitur *d.l.vlt D.de fideiuss.* id est in tantā quantitatem quantam actor in litem iurauerit *l.qui restituere 68.De rei vind.* Et hoc nimirum sensu dicuntur hæ actiones ædilitiæ quodammodo pœnales *in d.l.cùm autem §.si seruus,* Non quòd sui natura sint pœnales cùm è cōtrario non nisi meram rei persecutionem & quidē arbitrio iudicis contineant, quomodo scriptum est de actione illa in factum quæ datur ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta *in l.quia pertinet 7. D.de alien.iudic. mut.caus. fact.* Sed quoniam grauiorem in pœnam contumaciæ irrogant reo condemnationem. Qua etiam ratione si quis directam quoque ipsam rei vindicationē per quam actor nihil nisi suum petit, quodammodo pœnalē esse dixerit is meo iudicio non errauerit. Idémq; de cæteris omnibus arbitrariis excepta illa De eo quod certo loco. Cæterùm quemadmodū nemo absolutè dixerit vindicationē vllam siue ciuilem, siue honorariam esse pœnalem [sunt enim omnes rei persecutoriæ] ita neque redhibitoriam aut actionem illam in factum quæ emptori post redhibitionem datur ad recipiendum precium pœnales esse potest dici: Et ideò nimirum competunt etiam aduersus heredes omnes, contra quos tamen non competunt eæ quæ sui natura sunt pœnales *d.l.cùm autem §.hæ actiones d.l. si tamen 48.§.ædilitiæ eod.tit.* Ac præthereà si seruus sit qui vēdidit vel filiusfamilias, etiam in dominum aut patrem de peculio ædilitia actio, quoniam veniunt hæ actiones ex contractu non ex delicto *d.§.si seruus,* tùm quoque cùm dantur in duplum, quia licèt contumacia eius qui arbitrio iudicis non vult parêre, proximè ad delictum accedat, ideò tamen delictum non est, quod non iubet præcisè iudex vt arbitrio suo pareatur, quod nec iubere potest quia nec cogere, sed necessitate, vt loquuntur, causatiua, nisi malit grauiorem cōdemnationem pati ob hoc ipsum quòd arbitrio parêre recusauerit. Et cùm pœna inuitis infligatur, hæc tamen condemnatio non nisi volēti venditori infligitur quia hoc maluisse videtur, vt *in l.si patre cogente 22.D.de rit.nupt.* Hinc illa tam frequens arbitrij mentio in tractatu De redhibitoria actione vt in *l.illud sciendum 29.§.vl. De ædilit.edict.* vbi Vlpianus ait, si quid dāni senserit emptor ex seruo redhibito, aut si quid pro eo impenderit, hoc illum consequi debere arbitrio iudicis. Non vt ei horum nomine venditor condemnetur, sed ne aliàs compellatur hominem venditori restituere, quàm si eum indemnem præstet. Et *in l.quod si nolit 31.§.Pomponius eod.* Si vnus ex heredibus vel familia emptoris vel procurator culpa vel dolo fecerit rem deteriorem, æquum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis. Et *in §.culpam 12.& seq.* culpam hîc nos omnem accipere non tantùm latam. Propter quod dicendum esse quamcunque occasionem mortis emptor præstiterit, debere eum præstare, etiamsi non adhibuerit medicum, vt sanari possit, vel malum adhibuit sed culpa sua. Sed hoc dicemus, inquit Vlpi-

Vu

nus, si ante acceptum iudicium decessit. Cæterùm si post acceptũ iudicium decessisse proponatur, tunc in arbitrium iudicis veniet qualiter mortuus sit. Ea enim quæcunq; post litis cõtestationẽ contingunt, arbitriũ iudicis desideráτ. Sic deniq; *in d. l. bouem §. pen. eo. tit.* Si sub condicione homo emptus sit, qui redhibendus est, negat Paulus redhibitoria vtiliter agi posse ante condicionẽ existẽtẽ. Quia, inquit, nondum perfecta emptio, arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest. Fit. n. emptio imperfecta iudicis arbitrio cùm per tale arbitrium omnia in eum statũ restituuntur in quo essent si vẽditio nulla facta fuisset. Prius autem est vt perfecta sit emptio quàm vt eo modo imperfecta fieri possit. Queadmodũ enim solemus dicere testamentũ aut testamenti gradũ aliquem iam ruptũ non magis rumpi posse *l. nã etsi in princ. D. de iniust. rupt.* Ita nec imperfecta emptio magis imperfecta fieri potest. At cùm de æstimatoria tractat idem Paulus *in §. aliquando eiusd. leg.* non de arbitrio iudicis loquitur sed de officio, cùm ait aliquãdo accidere vt redhiberi mancipiũ oporteat officio iudicis licèt æstimatoria, id est, Quãtò minoris agamus. Nẽpe quoniã æstimatoria non sicuti redhibitoria arbitraria est, neq; ob id solùm quod redhibitionẽ contineat sit redhibitoria, licèt eundẽ habeat effectũ *d. l. si is qui 25. §. 1. De except. rei iud.* Nã & empti quoq; iudicio redhibitio continetur *l. ex empto 11. §. redhibitionem D. de act. empt.* neq; tamẽ quisquã ideò dixerit actionem ex empto redhibitoriam esse aut cõtrà: Cùm toto genere differant & vna sit ciuilis, altera ædilitia, Illa perpetua, hæc tẽporalis & semestris *l. sciendũ 19. §. vlt. l. Ædiles 38. in princ. l. cùm sex 55. De adil. edict.* Illa ad duplũ cõpetat non pro re qualibet vẽdita sed tãtùm pro rebus preciosioribus, *d. l. quòd si no'it 31. §. quia assidua De adil. edict. iunct. l. emptori 37. in princ. & §. 1. D. de euict.* Deniq; actio ex empto semper bonæ fidei est, nũquam arbitraria. At redhibitoria semper arbitraria, nũquam bonæ fidei. Æstimatoria propiùs accedit ad naturã actionũ bonæ fidei quoniam ex bona fide est, Arbitraria verò esse nõ potest, nisi eo saltẽ casu quo redhibitionẽ cõtinet officio iudicis. Quo casu propiùs accedit ad redhibitoriam, adeò vt si emptor alterutram earum egerit & altera posteà agat summouẽdus sit exceptione rei iudicatæ *d. l. si is qui 25. §. 1. de except. rei iud.* In summa nullibi scriptũ videas, In æstimatoria actione duplicẽ fieri condẽnationẽ: quomodo de redhibitoria scriptũ est *in d. l. redhibitori 1*, Nimirũ quia nullũ in æstimatoria iudicis arbitriũ est, quod condẽnationis instar habere possit, vt explicauimus: Et explicationẽ nostram illud etiam probat quod Vlp. scribit *in d. l. illud 29. §. condemnatio.* In redhibitoria cõdemnationem fieri *quanti ea res erit*, Et contineri condemnatione precium, & accessiones, adeóque vsuras precij, & si quid præterea emptoris intersit, quemadmodum & ipse inuicem fructus venditori præstat. Omnia enim ista veniunt in arbitrium iudicis, de quo statim mox *in §. sequent.* Cui arbitrio si pareatur, condemnationis vicem arbitrium obtinet, nec alia vlla grauior aut leuior condemnatio expectatur. Si verò arbitrio non pareatur, tunc grauior & posterior condemnatio infligitur dupli. Quæ dupli condemnatio non aliter in æstimatoria locum habere posset, quàm si nouam induceremus quæ esset dupli Quantò minoris, cuius prudentes nostri nuspiam meminerunt.

ERROR SEPTIMVS.

De actionibus Confessoria & Negatoria quòd sint arbitraria. Et ad l. Diuus 7. in fin. D. de in. patron.

Con-

CONFESSORIAM actionem, itémque negatoriam arbitrariam esse fatentur omnes qui sciunt vindicationem directam & ciuilem pariter esse arbitrariam. Cùm enim hæ actiones Confessoria & Negatoria nihil aliud sint, quàm vindicationes seruitutum. Illa quidem competens fundi domino qui seruitutem sibi, id est fundo suo deberi contendit. Hæc autem domino qui negat *l.2.in princip.& §.1.& tot.tit. D.si seruit. vindic.* omnino consequens est, vt hac parte & quod ad ipsius actionis naturam atque essentiam pertinet, non alio vtique iure quàm cæterarum rerum corporalium vindicationes censeantur. Proinde qui ex recentioribus nouam illam opinionem induxerunt, à nobis iam toties tamque magnis rationibus confutatam, Vt directa rei vindicatio arbitraria non sit sed stricta potiùs ea potissimùm ratione moti quòd sit illa ciuilis, nullam autem velint illi arbitrariam agnoscere ex earum omnium numero, quæ sunt ciuiles: Coguntur iidem illi defendere neque confessoriam, neque negatoriam arbitrarias esse, quippe quas negare non possint esse ciuiles, & ex lege ipsa duodecim tabularum sicuti cæteras vindicationes comparatas. Nos verò prorsus contraria ratiocinatione sicuti defendimus ciuilem vindicationem non solùm arbitrariam esse, sed primam arbitrariarum omnium & tantò antiquiorem prætoriis omnibus, quantò est ius ciuile antiquius prætorio. Ita nec dubitamus quin & confessoria & negatoria sint arbitrariæ, tanquam quæ sint ciuiles vindicationes. Nam & in illis agitur de restituendo eo quod contra debitam seruitutem, aut pro indebita seruitute factum sit *l.loci corpus* 4. *§.sed si duorum eodem titul.* Itaque restitutio illa imperatur arbitrio & officio iudicis, cui vel parêre reum necesse est, vel non parêre: Si pareat, sequitur absolutio. Quid enim aliud iam intendere amplius actor possit? Eáq; restitutio hoc casu pro condemnatione est vt superiore capite dicebamus ex *l. redhibitoria* 45. *De ædilit. edict.* quia per eam satisfit plenissimè actori. Qui finis est non tantùm actionum omnium extorta per eas condemnatione, sed etiam executionis iudicati. Nihil enim aliud agit Prætor dando actionem & iudicem, nisi vt actori reus satisfaciat, totamque litem & controuersiam dirimat *§.vltim. Instit.de perpet. & tempor.act.l.* 1. *Vnde quæritur D.de oper.noui nunciat.* Quod vtrumque consequitur per arbitrium iudicis cui obtemperatum sit, perinde ac per condemnationem. Nec quod hoc casu reus omnino absoluendus est, facere potest, vt eo minùs videri debeat arbitrium esse quodãmodo vice condẽnationis. Nam & sic Modestinus *in l.Diuus* 7. *in fi.D.de iur.patr. Interdum,* inquit, *illa pœna à liberto ingrato exigĩtur vel pars bonorum eius aufertur & patrono datur, vel fustibus caditur, & ita absoluitur,* scilicet grauiori condẽnatione quam alioqui mereretur, & quam incurreret si propter ingratitudinẽ omnimodo in seruitutẽ reuocaretur, quomodo reuocari eos debere tandẽ Imperatoribus placuit *l.2.& vl.C.de libert.& eor. liber.* Nisi malis eum locum sic intelligere quomodo suprà explicauimus vt à vinculis libertus ingratus absoluatur postquàm fustibus cæsus aut aliter castigatus est, & posteà dicemus. Similiter & in arbitrariis actionib. omnib. si arbitrio iudicis pareatur, sequitur absolutio, vt appareat euitasse reum condẽnationẽ grauiorem, quæ irroganda erat si arbitrio non paruisset. Nec tamen eodem modo possis dicere, quod aduersarij tentant, Æquè absolui aut absoluẽdum esse reum, qui ad litis æstimationem condẽnatur. Implicat enim contradictionẽ, vt eodem respectu absoluatur quis, & condemnetur, & alterutrum facere duntaxat iudex debet aut absoluere aut condemnare *l. iudex posteaquàm* 55. *& pass. D.de re*

iudic. Neque verò post condemnationem in litis æstimatione irrogatam siue bene, siue malè, grauior vlla condemnatio sequi potest, cuius metu & intuitu possis dicere absoluendum adhuc esse reum, qui sic iam cōdemnatus fuerit. Ergo posteà quàm litis æstimatio in condemnationem deducta est, nihil superest quod de absolutione tractari possit. Absolutionem enim fieri necesse esset à iudice cuius tamen partes nullæ sunt ad absoluendum post condemnationem, vt neque ad condemnandum post absolutionem *d. l. iudex posteaquàm.* In quo elegantem obseruo differentiam inter absolutionē & condemnationem. Absolutio enim nūquam ab alio quàm à iudice ipso fieri potest. Quis enim reorum non seipsum absolueret, si eam se absoluendi potestatem haberet aut à lege, aut à Prætore, aut à iudice? At condemnare seipsum quilibet reus potest & ex fide bona debet, vt euitet seueriorem iudicis condemnationē quam si expectet, euitare iustè non possit. Hoc enim est quod solemus dicere, Posse quem agere cōtra seipsum etiam sine actione *l. quoties 9. §. & generaliter D. de admin. & peric. tutor.* Nam qua ratione & quo sensu dicimus posse quē etiam sine actione contrà seipsum agere, Eâdem prorsus ratione, eodémq; sensu dicimus Posse quem & debere seipsum condemnare, id est aduersario vltrò soluere id quod ei se debere sciat, non expectato iudice, aut si tam inconsultus fuerit reus vt litem quoque contestatus sit, & iudicem, ac formulam expectauerit, non expectata saltem condemnatione. Adeò vt nec aliud in tutoris persona probandū sit si quid fortè ab eo petatur quod pupillus debeat, & quod à pupillo deberi non ignoret. Sibi enim ipsi denunciare verum debet, séque ipsum pupilli nomine, id est si effectū respicias, pupillum ipsum condemnare nō expectata sententia iudicis, quia bonam fidem agnoscere non prohibetur, vt subiungit Vlpianus *in §. nec vtique eiusd. legis.* Hoc verò cùm reus facit, vt seipsum condemnet, illud præterea facere debet vt condemnationem illam ipse exequatur, satisfaciendo actori, plenámque ei præstando indemnitatem. Quo facto quid obsecro amplius faciendū superest nisi vt absoluatur? An non verò absolui dignus est qui actori plenissimè satisfecit? Nam nec actoris amplius quicquam interesse potest, vbi plenissimam indemnitatem fuit consecutus. Nemo autem siue agendo, siuē excipiendo audiri debet nisi cuius interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri De verb. oblig. l. ille à quo 13. §. si de testamento D. ad SC. Treb. l. 1. De appell. recip.* Etsi autem satisfactio illa pro condēnatione est, in eo tamen minoris potestatis est quàm condēnatio facta per iudicē, quod iudicis officiū & potestatem non extinguit, quam extingueret iudicialis cōdemnatio, quominùs absoluere adhuc possit, quia cùm non ipse cōdēnauerit, nondū officio suo functus videri potest *d. l. iudex posteaquàm 55. De re iud.* Porrò quāuis reus seipsum cōdēnauerit, & aduersario vltrò satisfecerit post litē cōtestatā, iámq; acceptū iudicē, Adhuc tamē absolutio ei necessaria est, ne qui iam seipsum condemnauit ob hoc maximè vt à iudice non condemnaretur, iterum condemnetur à iudice, quod esset iniquissimum. Itémque vt obligatio tollatur quæ iudicium accipiendo quasi per stipulationem contrahitur *l. 3. §. idem scribit D. de pecul. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat. & delegat.* Et hoc sensu iudicia omnia esse absolutoria dicimus quamuis eorum formulæ nullam absolutionis, sed tantùm condemnationis mentionem faciant *dict. §. vltim. Institut. de perpet. & tempor. action.* Igitur condemnatio quam quis contra seipsum fecerit, sicuti per condemnationem iudicis excludit, ita necessitatem absolutionis inducit, vt iudicium finiatur, quod nisi per condemnationem aut absolutionem finiri non potest, tandiúq; durat quandiu nec absolutio nec con-

cõdemnatio secuta est, Et cõsequẽter nulla implicatio est, vt in arbitrariis iudiciis condẽnetur reus à seipso, & absoluatur à iudice, cùm ipsa personarum & temporũ diuersitas ostẽdat eandẽ non esse absolutionem hîc & condemnationẽ, sed cõdẽnationẽ præcedere, & absolutionẽ sequi, vt & *in d.l. Dinus*, vbi quod scriptũ est *& ita absoluitur* nõ aliũ sensum habere videtur, quàm hũc vt post ablatã liberto partẽ bonorũ eius, aut postquàm fustibus cęsus est absoluatur à grauiore scilicet vt explicauimus, cõdẽnatione, acsi scriptũ esset *& deinde absoluitur*. Sic.n. prudẽtes nostri dictionẽ illã *ita* accipere passim solẽt. Quamquã illud quoq; obseruatione dignũ est quod aduersarij non obseruant, qui lege illa Modestini cõtra nos abutũtur, non de iudice tractari eo loco sed de Prætore vel de Præside. Fuit.n. Prætorũ duntaxat in vrbe & Præsidũ in prouinciis querelas patronorũ aduersus libertos audire ac libertorũ ingratitudinẽ coercere *l.1.eo.tit.* Nisi quòd cùm pœna corporalis esse debet ac grauior quàm vt ad Prætoris iurisdictionẽ pertinere possit, solet ea res remitti ad Præfectũ vrbi *l.1. §. cùm patronus D. de offic. præf. vrb.* Vnde dicitur illa cognitio extra ordinẽ *in l.1. C. de libert. & eor. liber.* Nõ tã ꝙ actio ingrati prodita nulla esset vt quidã putant, quàm quòd digna videretur ea res quæ maiores iudices haberet, vt cæteræ quęstiones omnes De libertate, ingenuitate, & statu *l. non distinguemus 32. §. de liberali D. de recept. Qui arbitr. receper.* Cùm igitur tractet Modestinus de cognitione extraordinaria Præsidis cuius officium non sicut iudicis, vllis formulæ finibus circũscribitur, Mirũ non est quod scribitur *in d.l. Dinus* absolui à Præside libertum castigatũ, vel ob hoc ipsum quod necesse est solui eum à vinculis, ex quibus nemo dubitat quin de ingrati crimine respondere cogatur, vt possit si ita Præsidi videbitur vel fustibus cædi vel quam aliã corporalẽ grauiorẽ cõdemnationem pati, puta in exiliũ tẽporale aut in metallũ dari, vt *in d.l.1. eod.* vbi Vlpianus non valde dissimiliter à Modestino & eodẽ planè sensu ait dimitti libertũ oportere, qui inofficiosus patrono patronæve liberisve eorum fuerit, postquàm fuerit tantũmodo castigatus sub cõminatione aliqua seuerioris pœnæ nõ defuturæ si rursum causam querelæ præbuerit. Quid.n. aliud est dimitti libertum quàm absolui, & cõtrà quid aliud absolui quàm dimitti? Nõ ergo de ea absolutione Modestinus loquitur quæ fiat per sentẽtiã, qualis illa est quæ fit in actionibus arbitrariis cùm arbitrio paruit reus, sed de liberatione facti, cui tunc locus est cùm sententiæ & condẽnationi satisfactũ fuit. Et hæc mihi sanè aptior & magis genuina illius loci videtur esse interpretatio: Ex qua nihil possis inferre pro eorũ opinione qui cõtra nos defendũt, absolutionẽ quæ fit à iudice in iudiciis arbitrariis & quidẽ per sententiã posteriorẽ esse condemnatione quàm volunt illi præcessisse cùm prõnũciatũ est, in actione, puta Quod metus causa Rẽ per vim aut metũ extortam videri, Aut dolo malo in actione De dolo aliisq; similibus. Quod planè falsum est, nec magis fieri potest quàm vt post plenã absolutionem factã à iudice, aliqua possit sequi cõdemnatio, quod vtiq; sani iudicij nemo dixerit. Nã etsi Prætori aut Præsidi plus hac parte concessum est quàm pedaneo iudici vt diximus, adeò vt possit Prætor nõ quidem suã præcedentem sententiam corrigere, sed tamen reliqua quæ ad consequentiam iam statutorum pertinent & priori sententiæ desunt supplere dummodo eodem die, id tamen fieri debet citra condemnationem vel absolutionem, vt *in l. Paulus 42. D. de re iudic.* legendum esse docuimus *in Err.1. Decad.92. in fin.* Quod ergo Prætori non licet, quomodo iudici pedaneo licebit vt absoluere possit eum quem priùs ille ipse condemnauerit? Contra *d.l. iudex posteaquàm & l. cum quærebatur 62. eo. tit.* Sanè

cùm iudex arbitratus duntaxat fuit, quid actori reum ex bono & æquo præstare oporteat, potest quidem reus vt se longioribus ac dispendiosioribus litium anfractibus ac sumptibus liberet, arbitrium illud accipere pro condemnatione, ac seipsum potiùs quodammodo condemnare satisfaciendo arbitrio, ne alioqui grauiorem iudicis condemnationem expectare, ac pati cogatur. Sed tamen non facit ea res quominùs absoluendi potestatem sibi iudex retineat, quippe qui nondum officio suo functus sit, cùm nondum reum condemnauerit, Quinimò cùm præcipuum postremúmque dati iudicis officium in eo consistat vt vel absoluat reum vel condemnet, An non prorsus consequens est vt qui condemnare amplius non potest reum, iam satis propria sua voluntate condemnatum, absoluendi eius præcisam habeat necessitatem? Et hæc quidem ita de plano procedunt in actionibus confessoria, & negatoria cæterisque arbitrariis quoties arbitrio reus paruit, & actori satisfecit, id est aut rem præstitit aut cautionem. Arbitrium enim iudicis in his actionibus non aliud esse debet, quàm vt vel res, vel cautio præstetur, vt tractat Paulus *in dict. l. harum 7. D. si seruit. vindic.* vbi addit Rem ipsam hanc esse vt iubeat aduersarium iudex emendare vicium parietis & idoneum præstare, scilicet cùm agitur de seruitute oneris ferendi de qua in lege præcedente. Cautionem verò hanc vt iubeat de reficiendo pariete cauere, neque se, neque successores suos prohibituros altiùs tollere sublatúmque habere. Proinde alterutrum factum esse oportet, id est aut rem præstitam aut saltem cautionem vt reus absoluatur. Sed si arbitrio reus victus parêre nolit, id est si neque rem præstat, neque cautionem, tùm verò tanti condemnandus erit reus, quanti actor in litem iurauerit. Vt sequitur *in d. l. harum*. Vbi licèt de officio iudicis non de arbitrio Paulus loquatur, officij tamen appellatione arbitrium intellexit, vt & Iauolenus *in l. ego 12. eodem tit.* Sicut è contrario plerunque prudentes nostri cùm de bonæ fidei iudiciis tractant quæ toto genere differunt ab arbitrariis, arbitrium iudicis pro officio dicunt, vt *in l. 1. in princip.* iunct. *§. 1. D. de vsur.* Idque apparet euidenter ex illis verbis *dict. l. harum, vt iubeat aduersarium iudex.* Constat namque inter omnes nihil differre iussum ab arbitrio iudicis cùm agitur de actionibus arbitrariis *l. qui restituere 68.* iunct. *l. & ex diuerso 35. §. 1. & l. is à quo 57. & pass. D. de rei vindic.* Igitur verum est quod volumus in actionibus Confessoria & negatoria, de quibus disputamus idipsum euenire quòd in aliis omnibus arbitrariis vt non aliter nec priùs possit ex iis sequi condemnatio, quàm reus fuerit contumax, nec arbitrio iudicis parêre voluerit: quam semper diximus veram esse ac germanam notam actionum omnium arbitrariarum. Sunt igitur hæ quoque actiones arbitrariæ, Et tamen ciuiles vt aduersarij quoque fatentur, & Iustinianus disertè scribit *in §. æquè,* iunct. *§. sequent. Instit. de action.* Falsum ergo est quod illi tam generaliter & audacter defendunt, Actiones ciuiles nullas esse arbitrarias.

ERROR OCTAVVS.

De formula sententiæ ferendæ in actione confessoria. Ad l. harum 7. D. si seruit. vindic.

QVÆ

QVÆ cùm ita sint, videamus specialiùs in quo manca sit aduersariorum contra nos disputatio. Hæc, inquiunt, formula est actionis confessoriæ de seruitute oneris ferendi. Ius mihi esse cogere te præstare idoneum parietem ad onera mea sustinenda, hoc rectè. Addunt, Scribitur formula *si paret Titio ius esse cogere Mæuium reficere parietem & præstare idoneum ad onera illius sustinenda.* Hoc quoq; benè sed minùs astutè faciunt qui reliquam totam formulam tacent, vt qualis sententia ferri debeat non possimus dignoscere. Addant itaque vt perfecta sit formula *nec arbitrio tuo aut rem præstare aut cauere Mæuius volet, tunc quanti Titius sua interesse in litem iurauerit, tu Mæuium tanti condemnato.* Sic enim solitam fuisse concipi formulam actionis huius tam clarè constat ex Paulo *in d.l.harum*, vt nihil potuerit exprimi apertius. Sequitur, inquiunt, sententia iudicis. Non nego, sed quibus verbis concepta? His nimirum, subiiciunt *Videtur Titio ius esse cogere Mæuium reficere parietem quo de agitur ad onera ipsius sustinenda.* Et hoc quoque non malè. Per hanc enim pronunciationem diffinitur status causæ qui totus in eo consistebat, An Titio ius esset ita intendendi contra Mæuium. Adeò vt à quo tẽpore sic pronunciatũ est dici verè possit victũ esse Mæuium nec sententiam suam mutare aut corrigere iudex queat. Nã & in hoc quoq; aduersariis assentior qui victorem interpretantur eum non qui vincere debeat, sed qui iam vicerit & obtinuerit, hoc est nõ cui sentẽtia ius aliquod nouũ dederit, sed cuius iam verũ ius per sententiã fuerit declaratũ, vt *in l.sicut* 8. *§.& si quidẽ D.si seruit. vind.l.vti frui* 5. *§.fructuario D.si vsusfr.pet.d.l.& ex diuerso* 5. *§.*1. *D.de rei vindic.* Et hic verus est finis actionis confessoriæ sed nõ vltimus. Ille enim propriè & verè vltimus finis est qui aliter & exitus & euentus actionis dicitur *in d.l.harũ & in l.ait Prætor* 10. *§.si cùm mulier in fi.D.quæ in fraud.cred.* Quis ergo euentus est, & exitus huius actionis? Ille vnicus vt vel res, vel cautio præstetur *d.l.harũ.* Vt & in Pauliana quã nos in præcedẽtibus arbitrariã esse docuimus exitus actionis est in specie *d. §.si cùm mulier*, vt stipulatio quæ in fraudẽ creditorũ accepto lata fuerat, ex integro interponatur. Hoc verò nõ per sentẽtiã fit, sed arbitrio, & officio iudicis quod sequi debet sentẽtiã & præcedere cõdẽnationẽ. Sic enim Paulus *in d.l.harũ, vt victori officio iudicis aut res præstetur aut cautio.* Nam quis vnquã dixit officio iudicis id fieri quod fiat per sentẽtiã? Idq; probatur manifestiùs ex eo quod sequitur apud Paulũ *res ipsa hæc est vt iubeat aduersariũ iudex emẽdare vitiũ parietis.* Iussus.n.ille vt iam explicauimus nihil nisi arbitriũ est, & arbitriũ in arbitrariis actionib. nihil nisi officium iudicis. Quomodo Iauolenus *in l.egi* 12. *eo.tit.* Iudicis officio cõtineri ait, vt de futuro quoq; dãno caueri debeat, & Vlp. *in d.l.*5. *aliàs l.fructuario* 7. *§. vlt.D.si vsusfr.pet.* vbi tractat de actione cõfessoria quæ pro vsufructu cõpetit, & in qua pronunciandũ est *ius esse Titio vtẽdi fruendi fundo Mæuij* officiũ iudicis esse ait postquàm pro Titio pronũciauit, vt securus ille cõsequatur tãquã fructuarius fruendi licẽtiã, sicut in negatoria, ne dominus proprietatis inquietetur: Scilicet, inquit, cùm ille agit qui possidet. Siquidẽ etiã possessori actiones hæ competũt, nec hoc casu põt agi vt fructuũ nomine quicquã cõsequi debeat is qui fructus ipse percepit, Qui tamen si ab aduersario percepti essent, vtiq; in arbitriũ & officiũ iudicis venirẽt, nõ in sẽtẽtiã neq; in cõdẽnationẽ, vt & in directa rei corporalis vindicatione, in qua veniũt quidẽ fructus sed in restitutionẽ *l.Iulianus.*17. *§.*1. *& seq. D.de rei vindic.* quæ restitutio semper fit arbitratu iudicis *d.l.qui restituere* 68. *eo.* vbi quod dicitur in directa rei vindicatione interdũ fructuũ duntaxat, omnisq; causæ nomine

condemnationẽ fieri,non hunc ſenſum habet vt ipſa fructuum reſtitutio in cõdemnationem deducenda ſit,ſed illum potiùs vt tum quoq; cùm manu militari ablata ei poſſeſſio eſt qui fundũ petitum reſtituere cum fructibus iuſſus erat,licèt nulla ſit amplius neceſſaria condẽnatio pro fundo qui iam in victoris poteſtatẽ peruenerit, adhuc tamen neceſſaria ſit propter fructus omnémq; cauſam, id eſt vt tanti reus condẽnetur,quanti fructuum & omnis cauſæ nomine actoris intererit,ob id quòd nec circa fructuũ & totius cauſæ reſtitutionẽ imperatã arbitrio iudicis parẽre reus noluerit. Manco nimirum quod ad fructus & omnem cauſam pertinet,remedio & auxilio manus militaris. Quod igitur aduerſarij cõminiſcuntur, In actione confeſſoria ſic concipi ſententiam debuiſſe,vt poſt ſupradicta verba illa *Videtur Titio ius eſſe cogere Maeuium reficere parietem quo de agitur ad onera Titij ſuſtinenda* debuerit iudex addere, *Ideóque te Maeui Titio condemno vt parietem reficias & idoneum praeſtes*,prorſus abſurdũ nedum improbabile eſt. Reſtitutio enim illa parietis extra cauſam ſentẽtiæ eſt, & relinquenda iuſſui,hoc eſt arbitrio iudicis cui locus eſſe incipit poſt ſententiã,& ante cõdemnationẽ. Alioqui malè Paulus *in d.l.harum*, ita ſcripſiſſet *vt iubeat aduerſarium iudex vitium parietis emendare* ſi hoc ipſum in condemnationẽ deducendũ eſſet. Condemnationi.n. vt ſæpius inculcauimus omnimodo & præcisè pareri neceſſe eſt. Arbitrio aũt non niſi cauſatiuè,vt loquũtur,id eſt vt grauior cõdemnatio euitetur quam ex cõtumacia ſua reus incurreret ſi arbitrio iudicis nõ obtẽperaret. Malè item Paulus adderet in fine legis *ſi verò neque rem praeſtat,neque cautionem tanti condemnet quanti actor in litem iurauerit*,ſi condemnatio eſſet de pariete ipſo reficiendo. Sicut enim aliud longè eſt parietẽ reficere, Aliud verò præſtare quanti actor in litẽ iurauerit ſua intereſſe ob id quòd refectus non fuit, quemadmodũ & aliud eſt rẽ præſtare,aliud rei æſtimationẽ. Ita & fatendum eſt multũ intereſſe an condemnetur reus ad reficiendũ parietem, quod aduerſarij volunt, & nos negamus, An verò in id omne quòd actor ſua intereſſe iurauerit ob non refectũ parietem nec prẽſtitam eo nomine cautionẽ,quomodo tantùm poſſe & debere concipi condemnationẽ nos cum Paulo noſtro contendimus. Tantúmq; abeſt vt refectio parietis in condemnatione ſit, vt non aliã cauſam habere poſſit condẽnatio in hac confeſſoria actione quàm quia refectus paries non fuerit. Dicã amplius, Vt nec in rei poteſtate ſit poſt condemnationẽ effugere pœnã illam grauiorem, quæ irrogata eſt in pœnã contumaciæ tametſi parietẽ reficere maximè velit. Licentia.n.parendi arbitrio & faciendæ reſtitutionis q̃uam iudex poſt ſententiã imperauit, à die arbitrij vſq; ad diẽ duntaxat cõdẽnationis excluſiuè,ſalua & libera eſt. At poſt condemnationẽ nulla ſupereſt, vt de actione Quod metus cauſa, déq; cæteris arbitrariis omnibus generaliter Vlpianus tradit *in l.item ſi cùm 14.§.hac autem actio D.quod met.cauſ.* Inepta igitur eſt formula quam aduerſarij adſtruunt vt faciant ſentẽtiam iudicis cum cõdemnatione. Sed ſeparanda omnino eſt ſententia iudicis à condemnatione, & inter vtramq; ponendum eſt arbitrium iudicis quod ſicuti ſententiam ſequitur ita & præcedit condemnationem. Sententia nihil niſi pronunciationem illam continet,quæ primis ſupraſcriptæ formulæ verbis concluditur. Et cõſequenter ſine vlla condemnatione Vt & in iudicio directæ vindicationis, poſtquàm iudex per ſententiam ſuam declarauit fundum eſſe petitoris, vt *in d.l.& ex diuerſo §.1.*his verbis *Videtur fundus quo de agitur Titij eſſe* non adiicit, *Ideóq; te Maeui condemno vt eum fundum cum fructibus reſtituas*, ſed cõtentus prima illa pronunciatione quod ad ſententiæ cõceptionem attinet differt condemnationẽ in
aliud

aliud tempus quia hec adhuc iusta vlla causa est possessoris condẽnandi quousque restituere iussus arbitrio iudicis noluerit parêre. Arbitriũ igitur inter sententiam & condemnationem intercedere oportet quo arbitrio rei fructuúmq; restitutio cõtineatur, tanquã quæ nec priore sententia cõprehẽdi potuerit nec in condemnationẽ venire vnquã possit. Quòd si vt aduersarij volunt ita concipienda esset sententia in actione cõfessoria vt postquàm pronũciasset iudex *Videri ius Titio esse cogere Mauiũ reficere parietẽ*, addere deberet verba illa *Ideóque te Maui condẽno Titio vt parietẽ reficias*. Quæro quisnã erit iussus ille iudicis quẽ post eiusmodi condemnationẽ sequi debere fatentur? Quodnam officium illud iudicis de quo dubitare nõ possunt quin Paulus tractet *in d.l.harũ*, tanquã adhibendo post sententiã? Et cui si non pareatur, litis æstimatio siue condẽnatio in pecuniã fieri debeat, vt iidẽ fatentur. An fortè idipsum arbitrari iudex debebit quod iam nõ modò in sententiã, sed etiam in condemnationẽ deduxerit? An suę authoritati eam fieri iniuriam patietur vt in condemnati potestate relinquat vtrum iudicato parêre velit, necne? Quid verò indignius dici potest, quàm vt ea negligẽdi iudicati licentia condẽnato detur? Et ob eam nimirũ causam diximus toties, Numquã debere iudicem cõdemnare reum vt aliquid faciat, sed semper litẽ æstimare in pecunia numerata, Ne alioqui exequendę inuito condẽnato rei iudicatæ ratio nulla supersit. Expectandũ igitur est ad irrogandã condemnationem, vt litis æstimatio fieri possit, quæ porrò fieri nõ potest nisi post arbitrium redditum à iudice, & à reo neglectum. Neq; hoc negare aduersarij possunt cùm aiunt postquàm actor vicit in confessoria, sequi arbitriũ iudicis post sentẽtiam, Et arbitrari iudicẽ quid fieri oporteat, tẽpus modúmq; præstituere, & cautiones exigere *d.l.harũ & l.egi 12.eod.tit.* Hoc.n.ipsum est quod nos adfirmamus, Itẽq; quod subiiciunt, si fiat quod iudex arbitratus est fieri debere, absolui reum oportere. Sed si non fiat, iudicẽ debere litem æstimare, Nisi quòd mallẽ vsos eos verbis Pauli & pro æstimatione litis dixisse condemnationẽ Quanti actor in litẽ iurauerit. Etsi enim hæc condemnatio nihil nisi litis æstimatio est, nec litis ęstimatio quicquã aliud quàm condẽnatio, vt proinde parũ interesse videatur vtro modo loquamur. Interest certè apud aduersarios, qui hanc volunt vocare cum Paulo condemnationem sed potiùs condemnationis executionem, Cùm tamen vnica hæc sit verè & propriè condemnatio. Prima autem pronunciatio, nullomodo, Arbitrium verò quod primã illam pronunciationem sequitur non tã condẽnatio verè sit, quàm quasi cõdẽnatio quæ tamẽ vires sumit nõ tã ex authoritate arbitrij cui etiã post sentẽtiã non parêre liberũ est reo si grauiorẽ cõdemnationẽ non curet, quàm ex volũtate rei seipsum, vt iã dixi quodãmodo cõdemnantis, ne à iudice condemnari possit *d.l.redhibitoria 45.D.de adilit.edict.*

ERROR NONVS.

De formula ciuilis vindicationis apud Ciceronem Orat. 4. in Verrem & de vera illius loci interpretatione.

CERTIOR haberi fides non potest eorum quæ ad iuris veteris praxim, & ritũ pertinent, quàm si quis ex veterũ formularum monumẽtis veritatẽ eruat, nec rursum certior vlla formularũ indagatio, quàm si ex Cicerone aliisq; bonæ latinitatis authoribus eam petat.

Nam quemadmodum ab initio præcipua prudētū opera in eo collocata fuit, vt ferè de vnaquaq; re & actiones & nō tātùm actionū, sed etiā actuū penè omniū formulas conscriberent *l.2.§.deinde ex his legibus De orig.iur.* Ita ex iis formulis quæ certę sollennésq; erant, adeò pendebát omnia, vt qui vel à syllaba vna caderet, vt vulgo iactari solet, caderet etiā à causa. Mansitq; ius in ea ferè tēpora quibus actionū formulę & impetrationes sublatæ sunt à Cōstantino, & posterioribus Imperatorib. *in l.1.& 2.C.de formul.& impetr.act.sublat.* Post quas constitutiones cœpit formularū vsus ita inutilis esse & neglectus vt Tribonianū piguerit in Pandectis cōponendis vllam ferè memoriam earum retinere, nisi quæ ex ipsis prudentū responsis induci & quasi per coniecturas colligi potiùs quàm ex apertis verbis probari possint. Vnde fieri necesse fuit vt doctissimi quiq; viri, quibus vnū illud propositū extitit restituendæ veteris Iurisprudentiæ & ad prima sua principia reuocandæ, non alia in re magis sibi laborandū esse crediderit, quàm in formularū istarū cōceptionibus excogitādis ac diuinādis, Ita vt plerique non tam restauratores earum quàm primi inuentores fuisse videātur. Inter quos omniū felicissimè nec minùs ingeniosè quàm laboriosè hāc sibi operam præcipuè sumpsit Barnabas Brissonius, cuius præclarū nomen quoties lego vel audio toties miserā temporū nostrorū sortem & cōditionem defleo, quę tātùm virū tāq; politū scriptorem ac penè incōparabilem, quē post tot secula vix vnū natura tulerat, diutiùs ferre nō potuit, nobisq; ac toti Iurisprudentiæ lōgiorem eius vitā & scripta quæ in dies plura & luculentiora sperabātur inuidit. De quo verissimè quisquis ille fuit qui insignem ipsius imaginē hoc versic. illustrauit.

Non poterat iuris gloria iure mori.

Maximè verò inter omnes veteres scriptores qui de formulis multa prodidisse comperiuntur, vnus fuit Marcus Tullius, cui sollenne extitit magnam cum Iureconsultis sui temporis familiaritatem habere, sed eorum tamen formulas tanquam nugas & ineptias ridere, quamuis non pauca ille ex eorū siue scriptis siue sermonibus hausisset, ex quibus facilè appareat non fuisse illum iuris omnino ignarum. Qualem nec decebat eum esse qui siue per iocum, siue seriò iactitabat & profitebatur posse se quoties luberet primo triduo euadere in Iureconsultū, Eo præsertim tempore quo Aulus Trebatius & Seruius Sulpitius florebāt, nostrámque Iurisprudentiam illustrabant. Is in Orat. 4. in Verrem vbi multa ille congerit vt Verris, cùm in Sicilia Præturam exerceret iniquitatem & insaniam cōuincat, ponit eum sic formulam vindicationis dictasse *Lucius Octauius iudex esto, Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex iure Quiritium P.Seruilij esse neque is fundus Q.Catulo restituetur.* Et addit *nonne necesse erit Lucio Octauio iudici cogere P.Seruilium Q.Catulo fundū restituere aut condemnare eum quem non oporteat?* Cuius formulæ iniquitas tota in eo est, quòd cùm ita sit concepta eius condicio *si paret fundum Capenatem quo de agitur, ex iure Quiritium P.Seruilij esse:* additur tamē *neque is fundus Q.Catulo restituetur* pro eo quod scribi debuerat, *Si paret fundum Capenatem quo de agitur Q.Catuli esse, neque is fundus Q.Catulo restituetur.* Erat enim Seruilius possessor huius fundi, Catulus verò petitor quē proinde oportebat probare se dominum priusquàm cogi posset Seruilius vt ei restitueret. Cuinā.n.fundū restitui æquū est nisi ei cuius fundū esse apparuerit? Aut quid prodest Publio Seruilio fundū Capenatē possidēti quod suū eum esse probauerit, si arbitriū iudicis tale sequi debeat vt is fundus nō P.Seruilio relinquēdus sit cuius est, sed Q.Catulo cuius nō est, omnimodo restituēdus? Et tamē ita vt diximus cōcepta formula cùm Lucius Octauius Balbus iudex datus, quātū

libet

libet iuris & officij peritissimus non aliter iudicare possit quàm ad eũ modum quem Prætoris formula præscripsit. Omnino cõsequens fit, vt ei necesse sit, Vel Publium Seruilium fundi possessorem eundémque dominum cogere vt Catulo eũ fundũ restituat: Vel cõdemnare illũ quem non oportet. Quæ postrema verba perperã sanè iidem aduersarij nostri sic explicant quasi sentiat Cicero de Q. Catulo cõdemnãdo. Nã cùm fateantur in ea specie Catulũ fuisse petitorem, Seruiliũ verò possessorem, quis nescit cõdemnationis verbũ ad actorem referri nũquã posse. Sũmouẽtur nimirũ actores à petitione sua & repellũtur, nõ condemnantur, Et reorũ duntaxat est vt dicantur sicut absolui, ita & cõdemnari: quemadmodum sæpius diximus. Qua de causa nec defuerunt qui locũ hunc Ciceronis corruptũ esse crediderint, & praua emendatione obscuriorem fecerint. Nos verò nihil emendãdũ esse censemus & postrema illa verba de quorũ sensu cõtẽditur *aut eum condemnare quem non oportet* ad Seruiliũ possessorem & reũ nõ ad Q. Catulum actorem esse referenda. Nec enim illa mens Ciceronis est quã aduersarij comminiscuntur, vt exprimere velit in eas angustias cõiunctũ iudicem per iniquitatem Verrinæ formulæ vt vel iniquissimè iudicare cogatur si formulam sequi velit, Vel eum cõdemnare pro quo iudicare potiùs debuerat si negotij æquitatem sectari malit, quàm rigorem formulæ. Supponeret siquidem hæc ratiocinatio esse in iudicis dati potestate vt vel secũdum formulam iudicet, vel contra formulã ex animi sui sententia. Quod quàm falsum sit apparet vel ex illo ipso Ciceronis loco cùm ait ille, Ne quidem Balbum iudicem hominem & iuris & officij peritissimũ aliter iudicare posse quàm in quæ verba iudiciũ à Prætore datũ proponatur. Hoc igitur potiùs sibi vult Cicero, iniquitatẽ maximã Verrinæ formulæ in eo elucêre, quod queãdmodũ facere non põt iudex datus quin præscriptũ formulæ in omnib' ac per omnia præcisè sequi cogatur. Ita neq; effugere quominùs in sequẽdo formulã vel cogat Seruilium reũ & possessorẽ qui fundũ suũ esse probauerit eum fundum restituere Q. Catulo petitori quãuis victo in quęstione & probatione dominij quod esset absurdissimũ. Vel condẽnet eũ quem non oportet, id est illũ ipsum Seruiliũ, quem ponimus probasse dominium fundi ad se pertinere. Nã vtiq; condemnaretur is quẽ nõ oporteret condẽnari si Seruilius hic cõdẽnaretur. Quid? inquies, An nõ duo hæc vnũ & idem sunt Cogi Seruiliũ vt fundũ Catulo petitori restituat, Et Seruilium cõdemnari? Hoc enim est quod aduersarios decepit vt loci huius elegãtiam verã interpretationem percipere nõ potuerint. Sed hoc ipsum erit quod nostrã De arbitrariis actionibus sententiã, & omnia quæ hucusque circa hunc tractatũ scripsimus, mirificè confirmabit. Docuimus. n. coactionem illam restituendæ rei de cuius dominio & vindicatione actum sit condemnationem non esse, sed fieri iussu & arbitrio iudicis, nec præcisa & absoluta coactione cùm ea restitutio sit facti ad quod nemo præcisè cogitur, sed causatiua, Id est si grauiorem condemnationem euitare reus velit, quæ imminet in pœnam contumaciæ, ob id quòd arbitrio iudicis parêre noluerit. Reus enim idémque possessor qui in iudicio vindicationis victus est alterutrum facere omnimodo compellitur, aut obtemperare arbitrio si velit, aut si non obtemperauerit pati condemnationem etiamsi nolit. Etsi enim arbitrio & condemnationi commune illud est, vt reddatur in inuitum sicut & totum ipsum iudicium ipsáque iudicij formula, differentia tamen in eo est quòd condemnationi omnimodo parendum est, ferendáque executio iudicati, Arbitrio nõ item. Et ob eam nimirum causam diximus in superioribus arbitrium nõ esse condemnationẽ, sed tantùm condẽnationis loco; vt *in l. redhibitoria* 45. *D. de adilit. edict.* quia eundem effectum habet quem con-

demnatio mandata executioni, quòd eo modo plenissimè actori satisfiat. Maximè verò id locum habet, cùm arbitrium consistit in danda vel reddenda pecunia, vt in specie *d.l. redhibitoria*, quia cùm condemnatio semper facienda sit in pecunia numerata, propiùs accedit ad condemnationem tale arbitrium quàm quod in faciendo & restituendo cōsistit. Est igitur ex eadem causa, & ex eodem fonte iniquitatis vt cogatur per arbitrium iudicis fundum Capenatem reddere P. Seruilius cuius fundum illum esse apparuerit, & vt ob id quòd arbitrio nō paruerit, nec fundum restituere Q. Catulo voluerit, condemnetur eidem Catulo quanti ille sua interesse in litem iurauerit. Quamquam enim proxima & immediata condemnationis causa in his actionibus sola contumacia est illius qui arbitrio parêre noluit, Contumaciæ tamen causam præcedens iudicis arbitrium præbet, quòd si nullum esset, nec contumacia sequi vlla posset. Neq; tamen consequens sit vt si arbitrium iudicis iniquum fuit, impunita eo magis debeat esse contumacia non parentis, quem verum semper est dicere imperanti iudici non obtemperasse, sed eodem errore, & eâdem iniquitate debet iudex eum ipsum quem iniquè iusserat rem suam non domino restituere, iniquè etiam ob nō factam restitutionem condemnare vt *in l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic.* Ita fit vt verum sit quod ait Cicero, Sic concepta vti diximus formula, nō aliud officium iudicis esse posse quàm vt vel per arbitrium suum cogat Seruilium fundi petiti dominum & possessorem restituere fundum illum Q. Catulo non domino, atque ita arbitretur aliter quàm oportet, Vel condemnet eum quem non oportet, id est illum ipsum Seruilium si arbitrio quamuis iniquo & iniusto parêre nolit. Condemnaretur enim proculdubio is quem non oporteret, si possessor idemque dominus ob id solùm condemnaretur petitori non domino quòd ei fundum arbitrio iudicis restituere noluisset, Et tamen condemnari eum ex formula necesse esset, quia nec aliter concipi potest formula in actionibus arbitrariis quàm vt is demum condemnari debeat, qui arbitrio iudicis obtemperare noluerit. Oporteret itaque Seruilium condemnari, & non oporteret, sed diuersis respectibus. Oporteret vtique ex necessitate formulæ, Non oporteret ex ratione iuris & æquitate negotij. Proinde iniquissima est formula Prætoris quæ iudici dato iniquissimè iudicandi non solùm potestatem facit sed etiam necessitatem imponit. Et hoc nimirum est quod agit Cicero vt Verris iniquitatem in iure dicundo detegat & probet. Ideóque ponit Balbum iuris & officij peritissimum vt ostendat in quas angustias eum iniquitas formulæ coniecisset. Nā quatenus erat iuris peritissimus videbat non aliud boni iudicis arbitrium esse posse quàm vt ei ipsi fundum restitui iuberet, quem priùs dominum esse pronunciasset. Quatenus autem erat idem ille officij peritissimus, intelligebat officio iudicis dati ex necessitate incumbere vt sententiam diceret ex præscripto formulæ, & consequenter iniunctam sibi videbat necessitatē iubendi & arbitrandi vt fundum Capenatem Publius Seruilius dominus Quinto Catulo non domino restitueret, itémque vt si restituere nollet eum condemnaret, Quanti scilicet Quintus Catulus in litem iurasset. Ita namque intelligendus & supplendus est ille Ciceronis locus, quamuis de condemnationis forma & quantitate nihil exprimat. Nimirum quoniam ad id quod agebat Cicero, nihil ea res attinebat, id est ad iniquitatem formulæ detegendam, Cùm non minùs iniqua videri debeat sententia per quam dominus in iudicio vindicationis erga non dominum vel vno nūmo condemnetur. Quamquam illud quoque verum est tantò iniquiorem fore condemnationem quantò grauior futura sit. Eam autem omnium grauissimam

esse,

esse, quæ victori iurandi in infinitum & sine vlla taxatione faciat potestatem. Quomodo in iudicio vindicationis obseruari olim solitū fuisse toties diximus & probauimus, *ex l. eius rei 46. & l. qui restituere 68. De rei vindic.* Sed iniquitas magis est in arbitrio, quàm in condēnatione, Vt solet in rebus fere omnibus id maximum esse quod primum. Iniquitas enim cōdemnationis pendet ex iniquitate arbitrij: quæ ipsa non aliunde pendet quàm ex Iniquitate formulæ, Iniquitas autē formulæ ex iniquitate non iudicis qui eam accepit sed Prætoris qui dictauit. Et quemadmodum *in l. & ex diuerso 35. §. 1. eod. tit.* Paulus scribit Iudicem qui per errorem pronunciauit fundum esse Titij petitoris cùm esset Sempronij possessoris, debere de fructibus quoque eodem errore pronunciare, Ita & Prætor qui formulam iudicij vindicationis adeò iniquè cōcipit vt iudici necessitatem imponat iubendi & arbitrandi vt possessor idémque dominus fundum petitum restituat petitori non domino. Eādem prorsus iniquitate per eādem formulam iubere cogitur vt si possessor idémque dominus fundum nolit restituere, condemnetur. Alioquin iniquitati adderet ineptiam si alium vellet iuberi restituere, alium verò propter non factam arbitrio iudicis restitutionem cōdemnari. Verùm hîc rursus insurgunt aduersarij, & ex hoc ipso Ciceronis loco contra nos probant vindicationem ciuilem nō esse arbitrariam, propterea quòd Cicero sic formulam concipiat, vt tamen nullam arbitrij faciat mentionem. Sic enim concipit simpliciter *neque is fundus Q. Catulo restituetur* non additis verbis illis *arbitrio tuo* aut *arbitratu tuo*, quam vnam arbitrariarum actionum omnium notam esse volunt. Quasi numquam licere debeat iudici arbitrium suum interponere & iudicis partes abiicere vt adsumat arbitri nisi cùm idipsum & à Prætore per formulam non tam permissum, quàm mandatum est, nec rursus Prętor vnquam id mandare iudici debeat in formula nisi quādo Prætoris edicto id cōprehensum est. At nos multò probabiliùs hunc ipsum locum aduersus istorum errorem in auxilium nostrum aduocamus, Vt appareat nō ex adiectione supradictorum verborum in formula, sed ex natura negotiorum pendêre totam vim & potestatem actionum arbitrariarum. Nam neque restitutio illa cuius mentio fit in formula, fieri aliter potest quàm iussu & arbitrio iudicis. An enim Prætorem credibile est de ea restitutione sensisse, quam reus vltrò facere potuerit, nullo iudicis arbitrio & iussu præcedente? Siquidem fatendum est posse huiusmodi restitutionem fieri sola possessoris voluntate si malit cedere quàm contēdere, siue vt litis sumptibus & incommodis se exoneret, siue quòd rem quæ petitur sciat petitoris esse, non suam. Atqui ea ratione fieret vt nulla esset inter arbitrarias & alias actiones differētia: Nam & in aliis iudiciis quæ non sunt arbitraria siue bonæ fidei sint, siue stricta, perinde licet reo quandocūque ante sententiam satisfacere actori, vt absolutoriam sententiam ferat: Quo sensu omnia iudicia dici absolutoria scripsit Tribonianus *in §. vltim. Inst. de perpet. & tempor. act.* Tota ergo differentia in eo est, quod in cæteris satisfactio fit à reo sola ipsius voluntate nec ponitur in formula vt neque in arbitrio iudicis: In arbitrariis autem restitutio quam fieri necesse est vt euitetur condemnatio, fit arbitrio & iussu iudicis, quæ si non fiat sequitur condemnatio, non aliam ob causam, quàm quia factum non sit, quod arbitrio iudicis fieri debuit. In cæteris condēnationi causam præbet non eius qui conuenitur contumacia quæ ante sententiā vix vlla esse potest licèt mora esse possit, sed obligatio quæ causam dat actioni. Nascuntur enim ex obligatione aliqua præcedente actiones omnes & bonæ fidei & stricti iuris. At in arbitrariis, quæ pro causa obligationem præceden-

tem nullam habent, sola rei contumacia nolentis arbitrio iudicis parêre, locum aperit condemnationi, quæ alioquin sequi nulla posset. Nihil igitur interérat olim an in formula actionis arbitrariæ adiecta essent verba illa *arbitrio* aut *arbitratu tuo* an prætermissa, quia & cùm prætermissa erant pro adiectis haberi debebant, Siue quòd arbitrium iudicis de re restituenda præcedere necesse esset ad extorquendam condemnationem, siue quòd non ob id solùm condemnari ex arbitraria actione reus debeat, quia rem non restituerit, sed ob id potissimùm, quòd fuerit contumax, nec arbitrio obtemperare voluerit iudicis imperantis & iubentis. Numquam enim arbitrium est sine iussu *dict. l. qui restituere.* Arbitrium ergo iudicis omnimodo præcedere necesse est vt ex causa non factæ restitutionis sequi possit cōdemnatio. In cæteris iudiciis & bonæ fidei, & stricti iuris condemnatur reus qui non satisfecit, non quia non satisfecerit, sed quia est obligatus, quamuis non condemnaretur si satisfecisset. Vt ipsa non satisfactio, si sic loqui liceat, non tam efficiens causa sit condemnationis, quàm condicio sine qua non posset sequi condemnatio. Bene igitur Vlpianus, aut potiùs sub Vlpiani nomine Tribonianus *in dict. l. qui restituere in fin. ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur*, Vt intelligamus in directa & ciuili vindicatione de qua potissimùm eo loco agitur, perinde atque in cæteris omnibus arbitrariis imperari restitutionem arbitrio iudicis, nec tam faciendam esse restitutionem vt euitetur condemnatio, quemadmodum euenit in cæteris iudiciis, quàm non faciendam, vt ex non facto illo possit induci contumacia, & ex ea contumacia sequi condemnatio. Sed iam ad Ciceronem satis.

ERROR DECIMVS.

De differentia arbitrij compromissarij & eius quod constituit actionem arbitrariam.

PRÆCIPVVS hic lapsus fuit eorum contra quos per tot Decades disputauimus, quòd arbitrium illud ex quo æstimantur actiones arbitrariæ, simile volunt esse illi, cuius interponendi necessitatem habent arbitri compromissarij: ex Prætoris edicto *De recept. Qui arbitr. recep. vt sentent. dic.* Sic enim scribunt Iudicem datum in actione arbitraria debere arbitrari causa cognita, quomodo actori satisfieri possit, & hactenus interuenire vt experiatur an consilio suo vel authoritate litem discuti patiantur litigatores *Ex l. Pomponius 13. §. recepisse D. ill. tit.* vbi tamen Vlpianus ex Pedio scribit, Eum qui non vlterius se interponat nec arbitrum dici posse nec videri arbitrium recepisse: sed eum duntaxat qui iudicis partes suscepit, séque sua sententia finem controuersiæ impositurum pollicetur. Quibus verbis significat, Plus esse & difficilius vt quis iudex sit, quàm vt sit arbiter. Nec enim is, qui arbiter est, verè ac propriè iudex est, sed tantùm iudicis partes suscipit, vt Pedius loquebatur. Hoc verò cur ita? Nempe quia boni iudicis officium est lites dirimere, quod ipsum non aliter facere potest, quàm imponendo finem controuersiæ *l. 1. D. de re iudic.* Vnde est quod officio suo tūc iudex functus dicitur cùm iudicauit condemnando reum vel

Digitized by Google

vel absoluendo siue benè siue malè *l. iudex posteaquàm 55. eod.* Arbiter autem, id est qui & arbitrium recepit & iudicis partes suscepit, idipsum se facturum pollicetur. Ideóque nec priùs officio suo functus videri potest quàm finem cõtrouersiæ imposuerit *d. §. recepisse.* Proinde meritò placuit non committi pœnam compromissi ob id quod non pareatur arbitro iubenti vt ad alium arbitrũ eatur, Ne finis non sit, inquit Paulus *in l. non distinguemus 32. §. quæsitum eod. tit. De recept.* Vbi addit, si arbiter sic pronũciauerit, vt fundus arbitrio Publij Mæuij tradatur, aut satisdatio detur, Iulianum quidẽ existimasse omnino parendũ sententiæ vt pœna non committatur, sed Pedium meliùs probasse, Ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur: Oportere arbitrum sua sententia finem controuersiæ impõnere. Non autem finiri cõtrouersiam si aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur, Partémque sententiæ esse quemadmodum satisdetur, & quibus fideiussoribus, ídque delegari cõsequenter non posse nisi ad hoc expressim compromissum sit, vt arbiter statueret, cuius arbitratu satisdaretur. Quòd si non alius arbiter esse aut dici potest, quàm qui iudicis partes susceperit, ac finem controuersiæ imposuerit, Quis ferat, arbitrium iudicis in arbitrariis actionibus non in alio versari, quàm vt interueniat iudex & experiatur an suo consilio vel authoritate litem discuti litigatores patiantur, priusquàm iudicis partes interponat, & formulæ præscriptum exequatur? Imò verò arbitrium iudicis totum consistit in eo vt iubeat iudex rem qua de agitur restitui actori, Nec hoc tantùm, sed etiam quomodo restitui debeat, vt rectè præstetur ac restituatur. Parum enim esset restitui, si non rectè restitueretur: Vnde est quod in cautionibus omnibus de restituendo vulgaris illa clausula inserebatur *his rebus rectè præstari l. si quoque 19. D. de rei vindic. l. redhibere 21. §. idem Pomponius D. de ædilit. edict. l. aliud est capere 71. §. 1. De verbor. signific.* Nec rursum res aliter rectè restitui poterat, quàm si arbitrio iudicis restitueretur, ne qua litigandi materia superesset, an rectè facta restitutio esset. Porrò neutrum facere iudex poterat, id est neque iubere rem restitui neque rectè restitui, quin priùs cognouisset de iure litigatorum non tantùm ex eorum allegationibus, sed etiam ex probationibus vtrimque allatis, Adeóque secuta pronunciatione super illa facti quæstione, An petitoris res esset, quæ ab eo petebatur, an possessoris. Quæ tamen pronunciatio nisi causa plenissimè cognita sequi non poterat cùm in eo præcipuus quæstionis & totius litis cardo verteretur. Et verò priùs erat vt iudex rectè iuberet rem restitui, quàm vt eam rectè restitui præciperet. Quì verò fieri poterat vt idipsum iuberet rectè, si non priùs de actoris iure vel iniuria plenissimè cognouisset? Nam & inde fiebat vt ab iis verbis formula inciperet *si paret fundum Capenatem quo de agitur esse Sempronij petitoris*, quibus verbis tota facti quæstio continebatur. Tum illa sequebantur *neque is fundus Sempronio restituetur* arbitrio scilicet iudicis siue additum esset *arbitrio tuo* siue prætermissum, vt superiore capite disputauimus. Quem enim alium sensum habere hæc verba poterant, nisi vt rectè, ac proinde arbitratu iudicis restitutionem fieri oporteret? Non enim satis erat Prætori qui dictabat formulam vt quoquomodo fieret restitutio, sed ad curam & sollicitudinem ipsius maximè illud pertinebat, vt quo casu facienda esset restitutio, ea rectè fieret ac probè, Quod ipsum cùm pro variis personarum, rerum, & locorum circumstantiis aliter, atque aliter faciendum sit, tanquam quòd facti sit magis quàm iuris, necessariò iudicis arbitrio committendum erat, Neque ob id solùm vt rectè fieret restitutio,

Sed etiam vt condemnationi locus fieri posset, si eiusmodi arbitrio iudicis parere reus nollet. Cùm in arbitrariis actionibus & iudiciis nihil sit, aut præcedat ex quo possit sequi condemnatio si demas contumaciam quæ in eo interuenerit quòd arbitrio iudicis non sit obtemperatum. Quare nec negant aduersarij, Iudicem datum in actione arbitraria debere de causa cognoscere vt arbitrari rectè possit quomodo actori satisfieri oporteat. Sed tamen cognitionem illam volunt esse summariam nec interuenire nisi hactenus, vt experiatur an consilio suo vel authoritate litem discuti litigatores patiantur. Quod certè non modò ridiculum sed etiam præposterum est. Quid enim opus esset vlla causæ cognitione iudiciali siue plena, siue summaria, vt ob euitandas litis impensas & molestias inuitarentur litigatores ad pacem & concordiam? Solent nimirum remedia ista conquiri ante motam litem & vt sumptibus & vexationibus litis occurratur non eo tēpore quo post instructas iam & allatas probationes longè vtilius sit litem prosequi, quàm ab ea resilire, nec si reus cedere sit paratus, si non offerat etiam omnes sumptus litis. Quid verò absurdius dici potest, quàm quod nec aduersarij ipsi audent dicere, Iudicem qui semel iudicis partes susceperit & de causa non tantùm cognoscere cœperit sed etiam cognouerit siue summariè vt illi volunt, siue plenariè vt nos contendimus, posteà iudicis partes deponere vt arbitrum agat, & rursum iudicem agere si litigatores à lite discedere noluerint, vt reum condemnet? Debuerat ergo Prætor secundum istam sententiam inchoare formulam ab arbitrio non à facti cognitione ac disceptatione. Sed nec quicquam agas etiamsi concedam tibi præcessisse arbitrium illud amicabile, vt pragmatici vocant & summariam illam quam isti comminiscuntur causæ cognitionem, Nisi addas, Reo negligente arbitrium illud iudicis tanquam arbitri, adhibendam esse postea pleniorem & plenissimam causæ cognitionem, vt sequi possit condemnatio: Neq; rursum possis dicere qua ratione aut quo iure condemnatio sequi possit, nisi addas, Post adhibitam plenissimam illam causæ cognitionem & secutam super facti quæstione pronunciationem. Aliud necessarium esse arbitrium quod in inuitum reddatur De re petitorij restituenda, cui si non pareatur, tùm demùm sequi debeat condemnatio, & lis æstimari. Quo admisso planè non video cuius vtilitatis aut commodi esse possit arbitrium illud amicabile quod isti comminiscuntur, & cuius tam multas volūt esse vtilitates. Onerosum potiùs videri debet, per quod fiat vt in longiora tempora lis protrahatur, quam instituere actor coactus sit ex necessitate aduersus improbum possessorem qui & litem apud Prætorem contestari maluerit, quàm ab initio cedere, & iudicium accipere quod non nisi in inuitum datur, sicut neque actiones iure ciuili cōparatæ sunt nisi aduersus improbos & perfidos homines, vt Theophilus dicebat. Item vt grauioribus sumptibus onerentur litigatores, iisque inanibus & frustratoriis. Cùm eueniat plerunque vt effectum nullum habeant arbitria ista priuata præsertim quæ non sunt compromissaria, & pœnalia. Quæ tamen non sine molestiis & sumptibus, interdum maximis, expediuntur. Sed simus nos etiam nobis ipsi onerosi si non hîc saltem toti huic tractatui De arbitrariis actionibus finem imponamus.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XCV.

ERROR I.

De laudimiis ex contractu nullo petitis, & ex subhastatione facta nulliter. Ac de variis causis quas adferunt interpretes ob quas laudimia debeantur.

IN confesso est apud omnes qui de laudimiis, & de iure emphyteutico scripserunt, Ex contractu nullo nulla deberi posse laudimia, & generaliùs vt interpretes nostri loqui solent, nullam esse soluendam gabellam. Sic enim ex communi omnium sententia Iul. Clar. *in §. feudum quæst.31. in princip. Ex l.2. C. de eunuch. l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* Post Bart. *in l. vlt. §. sed quia nostra circ. fin. & §. vlt. C. commun. de legat.* & alios quàm plures quos refert & sequitur Amed. à Ponte in quæstionibus laudimialibus *quæst.39.* Et ratio euidens est, quoniam laudimia non debentur directo domino, vt illi quidē existimāt, nisi propter alienationē vtilis dominij rei feudalis vel emphyteuticę, & vt alij loquuntur, propter nouam inuestituram per quam dominus directus adprobat alienationē, ita vt noua illa inuestitura sit vice subscriptionis, pro qua voluit Iustinianus solui laudimia *in l. vlt.* vbi omnes ita notant. *C. de iur. emphyt.* Amed. à Pont. *quæst.1.* post Iul. Clar. *in §. emphyteusis quæst.23.* Nam quod quidā putarunt deberi laudimia domino propter laborem, inquiunt, quem capit dominus immittendo nouum emphyteutā in possessionem ridiculū est, & benè ab aliis confutatum, siue quòd Iustiniani constitutio supradicta deberi ea velit pro subscriptione, in qua non magnus est domini labor, cùm actus ille momēto ferè temporis expediri possit, siue quòd nō sit necessariū factū domini directi ad hoc vt nouus emphyteuta possessionē occupare possit, quam ingredi & adprehendere potest propria authoritate, dummodo directus dominus aut per subscriptionem suam aut quo alio modo consenserit. Debentur ergo ex causa siue occasione alienationis dominij vtilis rei feudalis vel emphyteuticæ vt diximus. Nam nec nouus emphyteuta dici potest nisi is in quē translatū est ius omne quod fuerat veteris & prioris emphyteutæ, Ne alioqui duos eiusdem rei in solidū emphyteutas inducamus, quod non magis fieri iure potest quàm vt eiusdē rei duo sint dominij in solidū, siue directi, siue vtiles *vulg. l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum D. cōmodat. l. de heredіtate 19.*

§.pater D.de castr.pecul. Siquidē emphyteuta si nostris interpretibus credimus, dominus vtilis est, & quidē in solidū, licèt solus dominus nō sit. Nā & directus dominus æquè dominus est, adeóq; in solidū, cùm alius directus dominus nullus sit. Sed non se mutuò impediūt hæc dominia, quoniam sunt diuersi generis. Quod.n.dicimus, Non posse duos eiusdē rei dominos esse in solidū de iis intelligi debet qui idē dominiū eiusdē generis sibi adserant, & vindicent, non de iis qui singuli se dicāt dominos in solidū quidē, sed diuersis respectib. Quēadmodū & iam olim eueniebat passim vt eiusdē rei dominus quis esset iure Quiritiū, qui & Quiritiarius dicebatur. Alius verò rē haberet in bonis, qui & bonitarius appellabatur, vt Vlpianus in fragmētis docet *Tit.19. De acquisit.rer.l.si finita 15. §.idē Iulianus D.de dān.infect.l.3.D.si vsusfr.petet.l.2.§.vlt.D.si ex noxal.caus.agat.* Etsi verò nos istā duplicis dominij distinctionē nō agnoscimus, quæ pluribus à nobis cōfutata est *lib.20.Cōiect.c.11.* cogimur tamē in his quæstionib. quæ de feudis emphyteusibus & laudimiis occurrūt, ac in quibus interpretū errores refellimus, vti verbis interpretū, vt rationes nostras æquioribus & oculis, & auribus accipiāt. Cùm ergo nouus emphyteuta ille sit qui nouus est dominus vtilis, nec possit quisquam talis esse nisi qui eiusmodi dominiū acquisierit ab alio iā antè domino vtili, Cōsequens omnino videtur, vt fateamur non alia ex causa proficisci obligationē laudimiorū quàm ex illa dominij vtilis translatione quæ fiat à priore & vetere emphyteuta in nouū, & ab alienāte in accipientē & acquirentē. Atqui ex contractu nullo licèt possessio quæ corporalis est, & plus facti quàm iuris habet transferatur *l.1.§.si vir vxori D.de acq.poss.* dominiū tamē trāsferri nō posse certū est, quia iuris ratio quæ cōtractū infirmat, alienationē quoque impedit & dominij translationē ex qua potissimū alienatio vera æstimatur *l.1.C.de fund.dotal.l.alienationis 28.D.de verb.sign.* Quod enim nullum est de iure, nullū quoq; iuris effectū habere potest vt habet regula iuris pontificij *l.non dubium 5.C.de legib.l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.* Est autem hic vnus ex iuris effectibus vt dominia per traditionē transferantur *l.traditionibus 20.Cod.de pact. l.traditio 20. D.de acquir.rer.domin.* Cùm & traditio sit vnus ex modis sex acquirendi dominij quos Vlpianus supradicto loco recenset: Porrò non qualilibet traditio transfert dominium, vt sæpius docuimus, sed ea tantùm quæ non sit nuda, id est quæ iustam aliquam causam habeat iure ciuili cognitam & approbatam aut quod effectu ipso idem est titulum aliquem iuris authoritate munitū, Quales sunt tituli venditionis, donationis, permutationis & si qui sunt similes *l.numquam nuda 31.eod.tit.* Sed ita demùm si valeat venditio, donatio, permutatio, & aliud quodlibet eiusmodi genus contractus: Alioqui dominiū transferri nullomodo potest, si authoritas legis aut senatusconsulti aut alterius iuris viam alienationi obstruxerit, quomodo loquuntur Imperatores *in l.si quidē 11. C.de prad. minor.* puta si minor annis viginti quinque fundum aut quid aliud alienari prohibitum contra senatusconsultum vendiderit *l.2. l.prædia 8. & pass. eod.tit.* aut pupillus sine tutoris authoritate contraxerit *l.contra 28. D.de pact.* aut res furtiua etiam per bonæ fidei possessorem vendita sit & tradita bonæ fidei emptori contra legem Atiliam, aut res immobilis vi possessa contra legem Iuliam Plautiam *§.furtiua quoque res Inst.de vsucap.l.quam rem 38.D.eod.* Consentaneum igitur est vt ex contractu nullo quemadmodum trāsferri dominium non potest, ita neque laudimia vlla debeantur. Quod quia nullā apud interpretes nostros dubitationem recipit, hinc nimirū pleriq; omnes pragmaticorum inferunt, Ex nullis igitur subhastationibus, id est quæ nulliter vt loquūtur factæ sunt

sint & contra formã à statuto præscriptam, nulla laudimia deberi posse. Quid enim aliud subhastatio est, quàm venditio sed publica & facta sub hasta, ob idque tantò potentior quàm priuata? Quid? nisi titulus ex quo res sic vendita non tantùm licitè sed etiam iustè possideri queat *l. si quos 29 C. de rescind. vend.* iunct. *l. iustè possidet 11. D. de acqu. poss.* Titulus inquam tantæ potestatis, vt quod ex pragmaticis pauci obseruant, nulla indigeat traditione ad transferẽdum in emptorem dominium, quomodo priuata venditio indigeret *d. l. traditionibus l. ex empto 11. §. 1. & pass. D. de act. empt.* Ita enim esse ex eo apparet, quod à die addictionis, seu vt statutum loquitur, expeditionis fructus fundi sub hasta venditi pertinent ad emptorẽ nulla expectata vel traditione, vel missione in possessionem, quæ traditionis vice esse possit. Quãuis verũ sit nullam emptori possessionẽ acquiri priusquàm ex subhastationis titulo missus sit in possessionẽ. Illa nãq; calami traditio, quę vulgari Castellanorũ & Apparitorũ stylo fieri solet, non eã vim habere potest vt possessionẽ vllã transferat ne quidẽ ciuilem, aut fictitiam, licèt imperiti pleriq; ita sentiant, quos nec alij pragmatici peritiores ferre possunt. Inter quos Guid. Pap. Ob idq; nec audiretur is qui peteret se retineri in possessione bonorũ quæ sub hasta emisset, aut experiretur interdicto retinendæ possessionis ante petitã & impetratã missionem in possessionẽ: quorum tamẽ neutrum esset ei denegandũ si per calami traditionẽ possessor factus intelligeretur. Nec tamẽ negari potest quin sit dominus ex die vt dixi addictionis & expeditionis: Alioqui quo iure fructus bonorũ vẽditorũ sibi exinde acquireret? adeóque irreuocabiliter. Fructus siquidẽ non seminis aut industriæ sed dominij & soli iure acquirũtur *l. qui scit 25. §. 1. D. de vsur.* ideóq; nec ad alium vnqũã pertinẽt quàm ad eũ qui vel sit dominus, vel ex domini voluntate eos percipiat *l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vind. l. si seruus 61. §. locaui D. de furt.* Solum bonæ fidei possessorẽ excipio, qui quãuis nec dominus sit, nec ex domini voluntate fructus rei alienæ percipiat, suos tamẽ eos facit, sed interim, vt loquitur Paulus *in l. bonæ fidei 48. De acq. rer. domin.* id est quousq; fundus euincatur si eo tẽpore, neq; cõsumpti, neq; vsucapti reperiantur, queadmodum plerisque operũ nostrorũ locis interpretati sumus. Interim autem ob hoc ipsum quòd bonæ fidei possessor quantum ad fructus percipiendos attinet penè domini loco est dominique iure cẽsetur vt ibidẽ Paulus addit, quia ex iuris regula tantundem præstat possidenti bona fides quantũ veritas vbi lex impedimẽto nõ est *l. bona fides 136. De reg. iur.* Fructuũ igitur acquisitio, quæ ex ipsis statuti nostri verbis in persona eius qui sub hasta emit, locum habet, priùs etiam quàm ei possessio tradita sit, certissimũ argumentũ est præcedentis acquisitionis dominij. Neq; id mirum videri debet vt dominiũ hoc casu sine possessione acquiratur. Idẽ enim accidit, quoties legis aut alterius iuris potestate quod legis vim habeat dominiũ acquiritur, vt in hereditatibus & legatis *l. 2. D. de Publician. in rẽ act. l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. D. de furt.* Quandoquidem etiam lex vnus est ex modis sex acquirendi dominij, non minùs quàm traditio. Cuius legis tantò maiorem in dominio transferendo potestatem esse oportet, quòd & alij omnes modi transferendi iure Quiritium dominij adeò pendent à lege vt non aliam vim & potestatem habeant, quàm quæ ipsis à lege tribuatur. Quid enim posset vsucapio, quid mancipatio, quid cessio in iure, quid adiudicatio, quid ipsa etiam, vt docuimus, traditio, si non legis auxilio & authoritate adiuuarentur? Atqui, quod à Principe statutum est qui legis condendæ potestatem habet nemo dubitat vim legis habere *vulg. l. 1. D. de constitut. Princip.* Mirum itaque

non est, Per statutum quod de rebus sub hasta venditis factū fuit, acquiri dominium emptori statim & ipso iure ab instanti expeditionis, quāuis non prorsus irreuocabiliter, quia ius redimēdi superest misero debitori, quòd ei humanitatis gratia indulgetur intra sex menses proximos ab eo die expeditionis si statutū inspicimus. Sin ius nouum ex Stylo Senatus nostri cōprobatū, ex die missionis in possessionem numerandos: Sed ita tamen vt quamuis redimantur bona vendita & quidem eo tēpore quo adhuc extent fructus ex iis percepti, nihilominùs fructuum omnium cōmodum remaneat penes emptorem, ne dubitare possis, quàm verè dominium fuerit ei acquisitū. Igitur subhastatio titulus est, & quidem potentissimus propter admixtam statuti authoritatem ad dominium etiam sine possessione transferendum. Enimuerò de subhastatione valida intelligi hoc debet, id est quæ secundum statuti formam facta sit, in qua si quid vel minimū peccatum fuerit totam subhastationem inualidam esse & corruere certum est: vt euenire solet in cæteris omnibus quæ certam formam habent à lege aut à statuto præscriptam. Vt ad vnguem obseruari eam necesse sit, alioqui totus actus infirmetur, *l. cùm hi 8. §. si Prætor aditus D. de transact.* Et sanè, cùm statuti authoritas illa sit, per quam fiat vt ex solo titulo subhastationis transferatur dominium, quid absurdius dici potest, quàm dari eam potestatem subhastationi, quæ contra ipsius statuti formam facta sit? Cur enim faueat statutum ei qui statuti præceptum contempserit? *arg. l. auxilium 37. in fin. D. de minor.*

ERROR SECVNDVS.

Vera ratio præstandorum laudimiorum, & de effectu subhastationum nulliter factarum, vt ex iis laudimia debeantur, etiam citra interpositionem decreti.

QVOD si hoc admittimus, quod necessariò admittendū est, vt ex subhastatione nulla non transferatur dominium. Illud quoque prorsus cōsequens videtur, vt ex eiusmodi subhastatione laudimia nulla debeantur. Atque ita pragmatici plerique sentiunt. Ego contrà puto. Primùm quia nec illis in totum assentior qui existimant ex sola dominij vtilis translatione obligationē præstandorū laudimiorum proficisci. Quin potiùs ex domini subscriptione & approbatione suscipientis nouum emphyteutā in possessionem, vt loquitur Iustinianus *in d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* Quibus verbis non obscurè significat possessionis habendam hac parte rationē magis quàm dominij, & proprietatis, dūmodò possessor is sit in quem totum ius emphyteuticum transferre prior emphyteuta voluerit, & quantum in eo fuit transtulerit. Hoc dico, Sufficere vt titulus sit per se habilis ad alienandum & transferendum ius omne quod fuerit penes eum qui alienandi voluntatem habuit, licèt aliquod interueniat impedimentum per quod eiusmodi alienatio & translatio inhibeatur. Quid enim domini intersit an contractus teneat, necne? aut quid ei possis imputare si modò acquisitorem venientem in possessionem admiserit, petitámque subscriptionem concesserit? Imputet sibi emptor potiùs, qui malè comparauit, nec eo minùs tamen domini directi subscriptionem & approbationem petiit ac impetrauit. Præsertim cùm multa possint accidere, & accidant quotidie quæ faciant, vt venditio aut alia species

qualibet

quælibet alienationis etiã nulla, interim tamẽ teneat, adeoq; interdũ conualeſcat, nemine exiſtẽte qui poſſit aut velit euincere, vt in ſpecie *l. habere licere* 57. *D. de euict.* Aut ſaltẽ oppoſita doli vel lõgiſſimi tẽporis, vel qua alia exceptione defendatur, vt *in l. ſi fundus* 13. *§.* 1. *D. de reb. cor. qui ſub tut. l. vtere* 14. *C. de præd. minor.* Cõſtat namq; inter omnes iuris noſtri interpretes, Etiã ius allegãdæ nullitatis vt cætera iura omnia perimi per longiſſimi tẽporis præſcriptionẽ ex *l. ſicut* 3. *& ſeq. C. de praſcr.* 30. *vel* 40. *annor.* Sufficit autẽ vel vno caſu poſſe ſubhaſtationẽ tenere vt omnino laudimiũ ex ea debeatur, Et id demùm verè nullum dicendũ eſt quod nullũ vtilem caſum habet *l. Stichus* 39. *in fin. D. de manum. teſt. l. heres* 21. *§. pen. D. de fideiuſſ.* Cùm itaq; nõ facilè vlla venditio ſit tam nulla quæ non hodie poſſit aliquo caſu vel tẽpore conualeſcere [aliud enim erat iure vetere ex regula *l. quod initio* 29. *D. de reg. iur.*] Cur iniuriã illã inferamus domino directo, per quẽ non ſteterit quominùs emptor aliúſve acquiſitor in poſſeſſione retineretur, vt propter contractus nullitatẽ ius ſuum exequi & laudimia vel non ſoluta petere, vel ſoluta retinere poſſit? Hoc enim poſterius addendũ eſt vt erroris cõmunis iniquitatem maiorem detegamus, quæ nõ tantùm petitionem laudimiorũ nõ ſolutorũ ex contractu nullo denegat domino directo, ſed etiam ſolutorũ retentionẽ, Vt ex omnium ſententia concludit Amed. à Ponte *quaſt. laudim.* 39. Vbi addit idem eſſe non ſolùm ſi contractus ab initio nullus ſit, ſed etiam ſi ex poſtfacto in irritum & ad non cauſam reducatur. Vt putà ſi ex cauſa minoris ætatis reſcindatur, vel ex cauſa læſionis, vel aliter. Dummodò ea cauſa ſit neceſſaria & ab initio cõtractus exiſtẽs ex qua ſubinde cõtractus reſoluatur. Ex Ioanne Paponio *lib.* 13. *Syntagm. ti.* 2. *nu.* 28. Steph. Bertr. *conſ.* 114. *vol.* 7. Marco *Deciſ.* 606. & aliis ibi citatis De quo tamen poſteà latiùs tractandũ nobis erit. Eſt enim hoc multò abſurdius vt oſtẽdemus. Ne autẽ de aliis contractibus nũc agamus res apertior eſt in ſubhaſtationibus de quibus nunc contendimus, vt quamuis nulliter factæ ſint, & contra formam ſtatuti, laudimia tamen ex iis debeantur, quia ſcilicet non eo minùs tenent & effectũ ſuũ ſortiuntur, ſiue quòd nolit aut neſciat debitor excipere de nullitate & defectu ſollennitatũ, ſiue quòd non offerat debitum pro quo ſubhaſtationes factæ proponuntur. Ita enim ſtylo Senatus noſtri diſertè conſtitutum eſt, vt de ſubhaſtationum nullitate non poſſit obiicere debitor ſi non anteà debitum ſolidũ offerat cũ legitimis acceſſionibus, & recuſante emptore obſignet. Neq; à iuris communis ratione ea res abhorret: Vt conſtat & probare ſoleo ex *l. ſi non ſortem* 26. *§. ſi centum D. de condict. indeb.* vbi Vlp. ſcribit, Si centum debens quaſi ducenta deberem fundum ducentorum ſoluerim, dationem quidem in ſolutum non valere, & ideò cõdictionẽ integræ rei manere, & obligationem incorruptam, ſed tamen agrũ retineri poſſe donec pecunia debita ſoluatur. Quidni enim retentio detur pro ea pecunia quæ non tantùm naturaliter, quod ſufficeret, ſed etiam ciuiliter debeatur? *l. naturales* 10. *D. de oblig. & act. l.* 1. *D. de pignor.* Non tantùm autem tenet ſubhaſtatio interim, id eſt quoadúſque ſit ſolutũ creditori, aut aliter eo nomine ſatisfactum, ſed ita vt quantumlibet ab initio nulliter facta ſit, & contra formam ſtatuti, poſſit tamen euadere in titulum, & in ſubhaſtationem perinde validam atq; ſi nullũ vitium interueniſſet. Nã ſiue nolit debitor offerre pecuniam quæ debetur, quod ex variis cauſis poteſt contingere, aut quia non habet eam in numerato, aut quia putet ſibi eſſe commodius in fundo quàm in pecunia ſoluere, ſiue per ſuam aut imperitiam aut contumaciam patiatur confirmari decreto iudicis ſubhaſtationes, &, vt pragmatici loquuntur, decretũ ſuper iis interponi

demnatio mandata executioni, quòd eo modo plenissimè actori satisfiat. Maximè verò id locum habet, cùm arbitrium consistit in danda vel reddenda pecunia, vt in specie *d. l. redhibitoria*, quia cùm condemnatio semper facienda sit in pecunia numerata, propiùs accedit ad condemnationem tale arbitrium quàm quod in faciendo & restituendo cōsistit. Est igitur ex eadem causa, & ex eodem fonte iniquitatis vt cogatur per arbitrium iudicis fundum Capenatem reddere P. Seruilius cuius fundum illum esse apparuerit, & vt ob id quòd arbitrio nō paruerit, nec fundum restituere Q. Catulo voluerit, condemnetur eidem Catulo quanti ille sua interesse in litem iurauerit. Quamquam enim proxima & immediata condemnationis causa in his actionibus sola contumacia est illius qui arbitrio parêre noluit, Contumaciæ tamen causam præcedens iudicis arbitrium præbet, quòd si nullum esset, nec contumacia sequi vlla posset. Neq; tamen consequens sit vt si arbitrium iudicis iniquum fuit, impunita eo magis debeat esse contumacia non parentis, quem verum semper est dicere imperanti iudici non obtemperasse, sed eodem errore, & eâdem iniquitate debet iudex eum ipsum quem iniquè iusserat rem suam non domino restituere, iniquè etiam ob nō factam restitutionem condemnare vt *in l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic.* Ita fit vt verum sit quod ait Cicero, Sic concepta vti diximus formula, nō aliud officium iudicis esse posse quàm vt vel per arbitrium suum cogat Seruilium fundi petiti dominum & possessorem restituere fundum illum Q. Catulo non domino, atque ita arbitretur aliter quàm oportet, Vel condemnet eum quem non oportet, id est illum ipsum Seruilium si arbitrio quamuis iniquo & iniusto parêre nolit. Condemnaretur enim proculdubio is quem non oporteret, si possessor idemque dominus ob id solùm condemnaretur petitori non domino quòd ei fundum arbitrio iudicis restituere noluisset, Et tamen condemnari eum ex formula necesse esset, quia nec aliter concipi potest formula in actionibus arbitrariis quàm vt is demùm condemnari debeat, qui arbitrio iudicis obtemperare noluerit. Oporteret itaque Seruilium condemnari, & non oporteret, sed diuersis respectibus. Oporteret vtique ex necessitate formulæ, Non oporteret ex ratione iuris & æquitate negotij. Proinde iniquissima est formula Prætoris quæ iudici dato iniquissimè iudicandi non solùm potestatem facit sed etiam necessitatem imponit. Et hoc nimirum est quod agit Cicero vt Verris iniquitatem in iure dicundo detegat & probet. Ideóque ponit Balbum iuris & officij peritissimum vt ostendat in quas angustias eum iniquitas formulæ coniecisset. Nā quatenus erat iuris peritissimus videbat non aliud boni iudicis arbitrium esse posse quàm vt ei ipsi fundum restitui iuberet, quem priùs dominum esse pronunciasset. Quatenus autem erat idem ille officij peritissimus, intelligebat officio iudicis dati ex necessitate incumbere vt sententiam diceret ex præscripto formulæ, & consequenter iniunctam sibi videbat necessitatē iubendi & abitrandi vt fundum Capenatem Publius Seruilius dominus Quinto Catulo non domino restitueret, itémque vt si restituere nollet eum condemnaret, Quanti scilicet Quintus Catulus in litem iurasset. Ita namque intelligendus & supplendus est ille Ciceronis locus, quamuis de condemnationis forma & quantitate nihil exprimat. Nimirum quoniam ad id quod agebat Cicero, nihil ea res attinebat, id est ad iniquitatem formulæ detegendam, Cùm non minùs iniqua videri debeat sententia per quam dominus in iudicio vindicationis erga non dominum vel vno nūmo condemnetur. Quamquam illud quoque verum est tantò iniquiorem fore condemnationem quantò grauior futura sit. Eam autem omnium grauissimam esse,

esse, quæ victori iurandi in infinitum & sine vlla taxatione faciat potestatem. Quomodo in iudicio vindicationis obseruari olim solitū fuisse toties diximus & probauimus, *ex l. eius rei 46. & l. qui restituere 68. De rei vindic.* Sed iniquitas magis est in arbitrio, quàm in condēnatione, Vt solet in rebus fere omnibus id maximum esse quod primum. Iniquitas enim cōdemnationis pendet ex iniquitate arbitrij: quæ ipsa non aliunde pendet quàm ex iniquitate formulæ, Iniquitas autē formulæ ex iniquitate non iudicis qui eam accepit sed Prætoris qui dictauit. Et quemadmodum *in l. & ex diuerso 35. §. 1. eod. tit.* Paulus scribit Iudicem qui per errorem pronunciauit fundum esse Titij petitoris cùm esset Sempronij possessoris, debere de fructibus quoque eodem errore pronunciare, Ita & Prætor qui formulam iudicij vindicationis adeò iniquè cōcipit vt iudici necessitatem imponat iubendi & arbitrandi vt possessor idémque dominus fundum petitum restituat petitori non domino. Eâdem prorsus iniquitate per eādem formulam iubere cogitur vt si possessor idémque dominus fundum nolit restituere, condemnetur. Alioquin iniquitati adderet ineptiam si alium vellet iuberi restituere, alium verò propter non factam arbitrio iudicis restitutionem cōdemnari. Verùm hic rursus insurgunt aduersarij, & ex hoc ipso Ciceronis loco contra nos probant vindicationem ciuilem nō esse arbitrariam, propterea quòd Cicero sic formulam concipiat, vt tamen nullam arbitrij faciat mentionem. Sic enim concipit simpliciter *neque is fundus Q. Catulo restituetur* non additis verbis illis *arbitrio tuo* aut *arbitratu tuo*, quam vnam arbitrariarum actionum omnium notam esse volunt. Quasi numquam licere debeat iudici arbitrium suum interponere & iudicis partes abiicere vt adsumat arbitri nisi cùm idipsum & à Prætore per formulam non tam permissum, quàm mandatum est, nec rursus Pretor vnquam id mandare iudici debeat in formula nisi quādo Prætoris edicto id cōprehensum est. At nos multò probabiliùs hunc ipsum locum aduersus istorum errorem in auxilium nostrum aduocamus, Vt appareat nō ex adiectione supradictorum verborum in formula, sed ex natura negotiorum pendère totam vim & potestatem actionum arbitrariarum. Nam neque restitutio illa cuius mentio fit in formula, fieri aliter potest quàm iussu & arbitrio iudicis. An enim Prætorem credibile est de ea restitutione sensisse, quam reus vltrò facere potuerit, nullo iudicis arbitrio & iussu præcedente? Siquidem fatendum est posse huiusmodi restitutionem fieri sola possessoris voluntate si malit cedere quàm contēdere, siue vt litis sumptibus & incommodis se exoneret, siue quòd rem quæ petitur sciat petitoris esse, non suam. Atqui ea ratione fieret vt nulla esset inter arbitrarias & alias actiones differētia: Nam & in aliis iudiciis quæ non sunt arbitraria siue bonæ fidei sint, siue stricta, perinde licet reo quandocūque ante sententiam satisfacere actori, vt absolutoriam sententiam ferat: Quo sensu omnia iudicia dici absolutória scripsit Tribonianus *in §. vltim. Inst. de perpet. & tempor. act.* Tota ergo differentia in eo est, quod in cæteris satisfactio fit à reo sola ipsius voluntate nec ponitur in formula vt neque in arbitrio iudicis: In arbitrariis autem restitutio quam fieri necesse est vt euitetur condemnatio, fit arbitrio & iussu iudicis, quæ si non fiat sequitur condemnatio, non aliam ob causam, quàm quia factum non sit, quod arbitrio iudicis fieri debuit. In cæteris condēnationi causam præbet non eius qui conuenitur contumacia quæ ante sententiā vix vlla esse potest licèt mora esse possit, sed obligatio quæ causam dat actioni. Nascuntur enim ex obligatione aliqua præcedente actiones omnes & bonæ fidei & stricti iuris. At in arbitrariis, quæ pro causa obligationem præceden-

tem nullam habent, sola rei contumacia nolentis arbitrio iudicis parêre, locum aperit condemnationi, quæ alioquin sequi nulla posset. Nihil igitur intererat olim an in formula actionis arbitrariæ adiecta essent verba illa *arbitrio* aut *arbitratu tuo* an prætermissa, quia & cùm prætermissa erant pro adiectis haberi debebant, Siue quòd arbitrium iudicis de re restituenda præcedere necesse esset ad extorquendam condemnationem, siue quòd non ob id solùm condemnari ex arbitraria actione reus debeat, quia rem non restituerit, sed ob id potissimum, quòd fuerit contumax, nec arbitrio obtemperare voluerit iudicis imperantis & iubentis. Numquam enim arbitrium est sine iussu *dict. l. qui restituere.* Arbitrium ergo iudicis omnimodo præcedere necesse est vt ex causa non factæ restitutionis sequi possit cōdemnatio. In cæteris iudiciis & bonæ fidei, & stricti iuris condemnatur reus qui non satisfecit, non quia non satisfecerit, sed quia est obligatus, quamuis non condemnaretur si satisfecisset. Vt ipsa non satisfactio, si sic loqui liceat, non tam efficiens causa sit condemnationis, quàm condicio sine qua non posset sequi condemnatio. Bene igitur Vlpianus, aut potiùs sub Vlpiani nomine Tribonianus *in dict. l. qui restituere in fin. ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur*, Vt intelligamus in directa & ciuili vindicatione de qua potissimùm eo loco agitur, perinde atque in cæteris omnibus arbitrariis imperari restitutionem arbitrio iudicis, nec tam faciendam esse restitutionem vt euitetur condemnatio, quemadmodum euenit in cæteris iudiciis, quàm non faciendam, vt ex non facto illo possit induci contumacia, & ex ea contumacia sequi condemnatio. Sed iam ad Ciceronem satis.

ERROR DECIMVS.

De differentia arbitrij compromissarij & eius quod constituit actionem arbitrariam.

PRÆCIPVVS hic lapsus fuit eorum contra quos per tot Decades disputauimus, quòd arbitrium illud ex quo æstimantur actiones arbitrariæ, simile volunt esse illi, cuius interponendi necessitatem habent arbitri compromissarij: ex Prætoris edicto *De recept. Qui arbitr. recep. vt sentent. dic.* Sic enim scribunt Iudicem datum in actione arbitraria debere arbitrari causa cognita, quomodo actori satisfieri possit, & hactenus interuenire vt experiatur an consilio suo vel authoritate litem discuti patiantur litigatores *Ex l. Pomponius 13. §. recepisse D. ill. tit.* vbi tamen Vlpianus ex Pedio scribit, Eum qui non vlterius se interponat nec arbitrum dici posse nec videri arbitrium recepisse: sed eum duntaxat qui iudicis partes suscepit, séque sua sententia finem controuersiæ impositurum pollicetur. Quibus verbis significat, Plus esse & difficilius vt quis iudex sit, quàm vt sit arbiter. Nec enim is, qui arbiter est, verè ac propriè iudex est, sed tantùm iudicis partes suscipit, vt Pedius loquebatur. Hoc verò cur ita? Nempe quia boni iudicis officium est lites dirimere, quod ipsum non aliter facere potest, quàm imponendo finem controuersiæ *l. 1. D. de re iudic.* Vnde est quod officio suo tūc iudex functus dicitur cùm iudicauit condemnando reum

vel

vel absoluendo siue benè siue malè *l. iudex posteaquàm 55. eod.* Arbiter autem, id est qui & arbitrium recepit & iudicis partes suscepit, idipsum se facturum pollicetur, Ideóque nec priùs officio suo functus videri potest quàm finem cõtrouersiæ imposuerit *d. §. recepisse.* Proinde meritò placuit non committi pœnam compromissi ob id quod non pareatur arbitro iubenti vt ad alium arbitrũ eatur, Ne finis non sit, inquit Paulus *in l. non distinguemus 32. §. quæsitum eod. tit. De recept.* Vbi addit, si arbiter sic pronũciauerit, vt fundus arbitrio Publij Mæuij tradatur, aut satisdatio detur, Iulianum quidē existimasse omnino parendũ sententiæ vt pœna non committatur, sed Pedium meliùs probasse, Ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur: Oportere arbitrum sua sententia finem controuersiæ impõnere. Non autem finiri cõtrouersiam si aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur, Partémque sentẽtiæ esse quemadmodum satisdetur, & quibus fideiussoribus, idque delegari cõsequenter non posse nisi ad hoc expressim compromissum sit, vt arbiter statueret, cuius arbitratu satisdaretur. Quòd si non alius arbiter esse aut dici potest, quàm qui iudicis partes susceperit, ac finem controuersiæ imposuerit, Quis ferat, arbitrium iudicis in arbitrariis actionibus non in alio versari, quàm vt interueniat iudex & experiatur an suo consilio vel authoritate litem discuti litigatores patiantur, priusquàm iudicis partes interponat, & formulæ præscriptum exequatur? Imò verò arbitrium iudicis totum consistit in eo vt iubeat iudex rem qua de agitur restitui actori, Nec hoc tantùm, sed etiam quomodo restitui debeat, vt rectè præstetur ac restituatur. Parum enim esset restitui, si non rectè restitueretur: Vnde est quod in cautionibus omnibus de restituendo vulgaris illa clausula inserebatur *his rebus rectè præstari l. si quoque 19. D. de rei vindic. l. redhibere 21. §. idem Pomponius D. de ædilit. edict. l. aliud est capere 71. §. 1. De verbor. signific.* Nec rursum res aliter rectè restitui poterat, quàm si arbitrio iudicis restitueretur, ne qua litigandi materia superesset, an rectè facta restitutio esset. Porrò neutrum facere iudex poterat, id est neque iubere rem restitui neque rectè restitui, quin priùs cognouisset de iure litigatorum non tantùm ex eorum allegationibus, sed etiam ex probationibus vtrimque allatis, Adeóque secuta pronunciatione super illa facti quæstione, An petitoris res esset, quæ ab eo petebatur, an possessoris. Quæ tamen pronunciatio nisi causa plenissimè cognita sequi non poterat cùm in eo præcipuus quæstionis & totius litis cardo verteretur. Et verò priùs erat vt iudex rectè iuberet rem restitui, quàm vt eam rectè restitui præciperet. Quí verò fieri poterat vt idipsum iuberet rectè, si non priùs de actoris iure vel iniuria plenissimè cognouisset? Nam & inde fiebat vt ab iis verbis formula inciperet *si paret fundum Capenatem quo de agitur esse Sempronij petitoris*, quibus verbis tota facti quæstio continebatur. Tum illa sequebantur *neque is fundus Sempronio restituetur* arbitrio scilicet iudicis siue additum esset *arbitrio tuo* siue prætermissum, vt superiore capite disputauimus. Quem enim alium sensum habere hæc verba poterant, nisi vt rectè, ac proinde arbitratu iudicis restitutionem fieri oporteret? Non enim satis erat Prætori qui dictabat formulam vt quoquomodo fieret restitutio, sed ad curam & sollicitudinem ipsius maximè illud pertinebat, vt quo casu facienda esset restitutio, ea rectè fieret ac probè, Quod ipsum cùm pro variis personarum, rerum, & locorum circumstantiis aliter, atque aliter faciendum sit, tanquam quòd facti sit magis quàm iuris, necessariò iudicis arbitrio committendum erat, Neque ob id solùm vt rectè fieret restitutio,

Sed etiam vt condemnationi locus fieri posset, si eiusmodi arbitrio iudicis parere reus nollet. Cùm in arbitrariis actionibus & iudiciis nihil sit, aut præcedat ex quo possit sequi condemnatio si demas contumaciam quæ in eo interuenerit quòd arbitrio iudicis non sit obtemperatum. Quare nec negant aduersarij, Iudicem datum in actione arbitraria debere de causa cognoscere vt arbitrari rectè possit quomodo actori satisfieri oporteat. Sed tamen cognitionem illam volunt esse summariam nec interuenire nisi hactenus, vt experiatur an consilio suo vel authoritate litem discuti litigatores patiantur. Quod certè non modò ridiculum sed etiam præposterum est. Quid enim opus esset vlla causæ cognitione iudiciali siue plena, siue summaria, vt ob euitandas litis impensas & molestias inuitarentur litigatores ad pacem & concordiam? Solent nimirum remedia ista conquiri ante motam litem & vt sumptibus & vexationibus litis occurratur non eo tẽpore quo post instructas iam & allatas probationes longè vtilius sit litem prosequi, quàm ab ea resilire, nec si reus cedere sit paratus, si non offerat etiam omnes sumptus litis. Quid verò absurdius dici potest, quàm quod nec aduersarij ipsi audent dicere, Iudicem qui semel iudicis partes susceperit & de causa non tantùm cognoscere cœperit sed etiam cognouerit siue summariè vt illi volunt, siue plenariè vt nos contendimus, posteà iudicis partes deponere vt arbitrum agat, & rursum iudicem agere si litigatores à lite discedere noluerint, vt reum condemnet? Debuerat ergo Prætor secundum istam sententiam inchoare formulam ab arbitrio non à facti cognitione ac disceptatione. Sed nec quicquam agas etiamsi concedam tibi præcessisse arbitrium illud amicabile, vt pragmatici vocant & summariam illam quam isti comminiscuntur causæ cognitionem, Nisi addas, Reo negligente arbitrium illud iudicis tanquam arbitri, adhibendam esse postea pleniorem & plenissimam causæ cognitionem, vt sequi possit condemnatio: Neq; rursum possis dicere qua ratione aut quo iure condemnatio sequi possit, nisi addas, Post adhibitam plenissimam illam causæ cognitionem & secutam super facti quæstione pronunciationem. Aliud necessarium esse arbitrium quod in inuitum reddatur De re petitorij restituenda, cui si non pareatur, tùm demùm sequi debeat condemnatio, & lis æstimari. Quo admisso planè non video cuius vtilitatis aut commodi esse possit arbitrium illud amicabile quod isti comminiscuntur, & cuius tam multas volũt esse vtilitates. Onerosum potiùs videri debet, per quod fiat vt in longiora tempora lis protrahatur, quam instituere actor coactus sit ex necessitate aduersus improbum possessorem qui & litem apud Prætorem contestari maluerit, quàm ab initio cedere, & iudicium accipere quod non nisi in inuitum datur, sicut neque actiones iure ciuili cõparatæ sunt nisi aduersus improbos & perfidos homines, vt Theophilus dicebat. Item vt grauioribus sumptibus onerentur litigatores, iisque inanibus & frustratoriis. Cùm eueniat plerunque vt effectum nullum habeant arbitria ista priuata præsertim quæ non sunt compromissaria, & pœnalia. Quæ tamen non sine molestiis & sumptibus, interdum maximis, expediuntur. Sed simus nos etiam nobis ipsi onerosi si non hîc saltem toti huic tractatui De arbitrariis actionibus finem imponamus.

ANTO-

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS XCV.
ERROR I.

De laudimiis ex contractu nullo petitis, & ex subhastatione facta nulliter. Ac de variis causis quas adferunt interpretes ob quas laudimia debeantur.

IN confesso est apud omnes qui de laudimiis, & de iure emphyteutico scripserunt, Ex contractu nullo nulla deberi posse laudimia, & generaliùs vt interpretes nostri loqui solent, nullam esse soluendam gabellam. Sic enim ex communi omnium sententia Iul. Clar. *in §. feudum quæst.31. in princip. Ex l.2.C.de eunuch. l.ea quidem 5. C.si mancip.ita fuer. alien.* Post Bart. *in l.vlt. §.sed quia nostra circ.fin.& §.vlt.C.commun.de legat.* & alios quàm plures quos refert & sequitur Amed. à Ponte in quæstionibus laudimialibus *quæst.39.* Et ratio euidens est, quoniam laudimia non debentur directo domino, vt illi quidē existimāt, nisi propter alienationē vtilis dominij rei feudalis vel emphyteuticę, & vt alij loquuntur, propter nouam inuestituram per quam dominus directus adprobat alienationē, ita vt noua illa inuestitura sit vice subscriptionis, pro qua voluit Iustinianus solui laudimia *in l.vlt.* vbi omnes ita notant. *C.de iur.emphyt.* Amed. à Pont. *quæst.1.* post Iul. Clar. *in §.emphyteusis quæst.23.* Nam quod quidā putarunt deberi laudimia domino propter laborem, inquiunt, quem capit dominus immittendo nouum emphyteutā in possessionem ridiculū est, & benè ab aliis confutatum, siue quòd Iustiniani constitutio supradicta deberi ea velit pro subscriptione, in qua non magnus est domini labor, cùm actus ille momēto ferè temporis expediri possit, siue quòd nō sit necessariū factū domini directi ad hoc vt nouus emphyteuta possessionē occupare possit, quam ingredi & adprehendere potest propria authoritate, dummodo directus dominus aut per subscriptionem suam aut quo alio modo consenserit. Debentur ergo ex causa siue occasione alienationis dominij vtilis rei feudalis vel emphyteuticæ vt diximus. Nam nec nouus emphyteuta dici potest nisi is in quē translatū est ius omne quod fuerat veteris & prioris emphyteutæ, Ne alioqui duos eiusdem rei in solidū emphyteutas inducamus, quod non magis fieri iure potest quàm vt eiusdē rei duo sint dominij in solidū, siue directi, siue vtiles *vulg. l.si vt certo 5. §.si duobus vehiculum D.cōmodat. l.de hereditate 19.*

Digitized by Google

§.pater D.de castr.pecul. Siquidē emphyteuta si nostris interpretibus credimus, dominus vtilis est,& quidē in solidū,licèt solus dominus nō sit.Nā & directus dominus æquè dominus est,adeóq; in solidū,cùm alius directus dominus nullus sit. Sed non se mutuò impediūt hæc dominia,quoniam sunt diuersi generis. Quod.n.dicimus,Non posse duos eiusdē rei dominos esse in solidū de iis intelligi debet qui idē dominiū eiusdē generis sibi adserant, & vindicent,non de iis qui singuli se dicāt dominos in solidū quidē, sed diuersis respectib. Quéadmodū & iam olim eueniebat passim vt eiusdē rei dominus quis esset iure Quiritiū, qui & Quiritiarius dicebatur. Alius verò rē haberet in bonis, qui & bonitarius appellabatur,vt Vlpianus in fragmētis docet *Tit.19.De acquisit.rer.l.si finita 15. §.idē Iulianus D.de dān.infect.l.3.D.si vsusfr.petet.l.2.§.vlt.D.si ex noxal.caus.agat.* Etsi verò nos istā duplicis dominij distinctionē nō agnoscimus,quæ pluribus à nobis cōfutata est *lib.20.Cōiect.c.11.* cogimur tamē in his quæstionib. quæ de feudis emphyteusibus & laudimiis occurrūt,ac in quibus interpretū errores refellimus,vti verbis interpretū,vt rationes nostras æquioribus & oculis,& auribus accipiāt. Cùm ergo nouus emphyteuta ille sit qui nouus est dominus vtilis, nec possit quisquam talis esse nisi qui eiusmodi dominiū acquisierit ab alio iā antè domino vtili, Cōsequens omnino videtur,vt fateamur non alia ex causa proficisci obligationē laudimiorū quàm ex illa dominij vtilis translatione quæ fiat à priore & vetere emphyteuta in nouū,& ab alienāte in accipientē & acquirentē. Atqui ex contractu nullo licèt possessio quæ corporalis est, & plus facti quàm iuris habet transferatur *l.1.§.si vir vxori D.de acq.poss.* dominiū tamē trāsferri nō posse certū est,quia iuris ratio quæ cōtractū infirmat, alienationē quoque impedit & dominij translationē ex qua potissimū alienatio vera æstimatur *l.1.C.de fund.dotal.l.alienationis 28.D.de verb.sign.* Quod enim nullum est de iure, nullū quoq; iuris effectū habere potest vt habet regula iuris pontificij *l.non dubium 5.C.de legib.l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.* Est autem hic vnus ex iuris effectibus vt dominia per traditionē transferantur *l.traditionibus 20.Cod.de pact. l.traditio 20. D.de acquir.rer.domin.* Cùm & traditio sit vnus ex modis sex acquirendi dominij quos Vlpianus supradicto loco recenset: Porrò non qualislibet traditio transfert dominium, vt sæpius docuimus, sed ea tantùm quæ non sit nuda, id est quæ iustam aliquam causam habeat iure ciuili cognitam & approbatam aut quod effectu ipso idem est titulum aliquem iuris authoritate munitū, Quales sunt tituli venditionis, donationis, permutationis & si qui sunt similes *l.numquam nuda 31.eod.tit.* Sed ita demùm si valeat venditio,donatio,permutatio,& aliud quodlibet eiusmodi genus contractus:Alioqui dominiū transferri nullomodo potest, si authoritas legis aut senatusconsulti aut alterius iuris viam alienationi obstruxerit, quomodo loquuntur Imperatores *in l.si quidē 11. C.de præd.minor.* puta si minor annis viginti quinque fundum aut quid aliud alienari prohibitum contra senatusconsultum vendiderit *l.2. l.prædia 8. & pass. eod.tit.* aut pupillus sine tutoris authoritate contraxerit *l.contra 28. D.de pact.* aut res furtiua etiam per bonæ fidei possessorem vendita sit & tradita bonæ fidei emptori contra legem Atiliam, aut res immobilis vi possessa contra legem Iuliam Plautiam *§.furtiua quoque res Inst.de vsucap.l.quam rem 38.D.eod.* Consentaneum igitur est vt ex contractu nullo quemadmodum trāsferri dominium non potest,ita neque laudimia vlla debeantur. Quod quia nullā apud interpretes nostros dubitationem recipit, hinc nimirū plerìq; omnes pragmaticorum inferunt,Ex nullis igitur subhastationibus,id est quæ nulliter vt loquūtur factæ

sint & contra formā à statuto præscriptam, nulla laudimia deberi posse. Quid enim aliud subhastatio est, quàm venditio sed publica & facta sub hasta, ob idque tantò potentior quàm priuata? Quid? nisi titulus ex quo res sic vendita non tantùm licitè sed etiam iustè possideri queat *l. si quos 29 C. de rescind. vend.* iunct. *l. iustè possidet 11. D. de acqu. poss.* Titulus inquam tantæ potestatis, vt quod ex pragmaticis pauci obseruant, nulla indigeat traditione ad transferēdum in emptorem dominium, quomodo priuata venditio indigeret *d. l. traditionibus l. ex empto 11. §. 1. & pass. D. de act. empt.* Ita enim esse ex eo apparet, quod à die addictionis, seu vt statutum loquitur, expeditionis fructus fundi sub hasta venditi pertinent ad emptorē nulla expectata vel traditione, vel missione in possessionem, quæ traditionis vice esse possit. Quāuis verū sit nullam emptori possessionē acquiri priusquàm ex subhastationis titulo missus sit in possessionē. Illa nāq; calami traditio, quę vulgari Castellanorū & Apparitorū stylo fieri solet, non eā vim habere potest vt possessionē vllā transferat ne quidē ciuilem, aut fictitiam, licèt imperiti pleriq; ita sentiant, quos nec alij pragmatici peritiores ferre possunt. Inter quos Guid. Pap. Ob idq; nec audiretur is qui peteret se retineri in possessione bonorū quæ sub hasta emisset, aut experiretur interdicto retinendæ possessionis ante petitā & impetratā missionem in possessionē: quorum tamē neutrum esset ei denegandū si per calami traditionē possessor factus intelligeretur. Nec tamē negari potest quin sit dominus ex die vt dixi addictionis & expeditionis: Alioqui quo iure fructus bonorū vēditorū sibi exinde acquireret? adeóque irreuocabiliter. Fructus siquidē non seminis aut industriæ sed dominij & soli iure acquirūtur *l. qui scit 25. §. 1. D. de vsur.* ideóq; nec ad alium vnquā pertinēt quàm ad eū qui vel sit dominus, vel ex domini voluntate eos percipiat *l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vind. l. si seruus 61. §. locaui D. de furt.* Solum bonæ fidei possessorē excipio, qui quāuis nec dominus sit, nec ex domini voluntate fructus rei alienæ percipiat, suos tamē eos facit, sed interim, vt loquitur Paulus *in l. bonæ fidei 48. De acq. rer. domin.* id est quousq; fundus euincatur si eo tēpore, neq; cōsumpti, neq; vsucapti reperiantur, quēadmodum plerisque operū nostrorū locis interpretati sumus. Interim autem ob hoc ipsum quòd bonæ fidei possessor quantum ad fructus percipiendos attinet penè domini loco est dominique iure cēsetur vt ibidē Paulus addit, quia ex iuris regula tantundem præstat possidenti bona fides quantū veritas vbi lex impedimēto nō est *l. bona fides 136. De reg. iur.* Fructuū igitur acquisitio, quæ ex ipsis statuti nostri verbis in persona eius qui sub hasta emit, locum habet, priùs etiam quàm ei possessio tradita sit, certissimū argumentū est præcedentis acquisitionis dominij. Neq; id mirum videri debet vt dominiū hoc casu sine possessione acquiratur. Idē enim accidit, quoties legis aut alterius iuris potestate quod legis vim habeat dominiū acquiritur, vt in hereditatibus & legatis *l. 2. D. de Publician. in rē act. l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. D. de furt.* Quandoquidem etiam lex vnus est ex modis sex acquirendi dominij, non minùs quàm traditio. Cuius legis tantò maiorem in dominio transferendo potestatem esse oportet, quòd & alij omnes modi transferendi iure Quiritium dominij adeò pendent à lege vt non aliam vim & potestatem habeant, quàm quæ ipsis à lege tribuatur. Quid enim posset vsucapio, quid mancipatio, quid cessio in iure, quid adiudicatio, quid ipsa etiam, vt docuimus, traditio, si non legis auxilio & authoritate adiuuarentur? Atqui, quod à Principe statutum est qui legis condendæ potestatem habet nemo dubitat vim legis habere *vulg. l. 1. D. de constitut. Princip.* Mirum itaque

non est, Per statutum quod de rebus sub hasta venditis factū fuit, acquiri dominium emptori statim & ipso iure ab instanti expeditionis, quāuis non prorsus irreuocabiliter, quia ius redimēdi superest misero debitori, quòd ei humanitatis gratia indulgetur intra sex menses proximos ab eo die expeditionis si statutū inspicimus. Sin ius nouum ex Stylo Senatus nostri cōprobatū, ex die missionis in possessionem numerandos: Sed ita tamen vt quamuis redimantur bona vendita & quidem eo tēpore quo adhuc extent fructus ex iis percepti, nihilominùs fructuum omnium cōmodum remaneat penes emptorem, ne dubitare possis, quàm verè dominium fuerit ei acquisitū. Igitur subhastatio titulus est, & quidem potentissimus propter admixtam statuti authoritatem ad dominium etiam sine possessione transferendum. Enimuerò de subhastatione valida intelligi hoc debet, id est quæ secundum statuti formam facta sit, in qua si quid vel minimū peccatum fuerit totam subhastationem inualidam esse & corruere certum est: vt euenire solet in cæteris omnibus quæ certam formam habent à lege aut à statuto præscriptam. Vt ad vnguem obseruari eam necesse sit, alioqui totus actus infirmetur, *l. cùm hi* 8. *§. si Prætor aditus D. de transact.* Et sanè, cùm statuti authoritas illa sit, per quam fiat vt ex solo titulo subhastationis transferatur dominium, quid absurdius dici potest, quàm dari eam potestatem subhastationi, quæ contra ipsius statuti formam facta sit? Cur enim faueat statutum ei qui statuti præceptum contempserit? *arg. l. auxilium* 37. *in fin. D. de minor.*

ERROR SECVNDVS.

Vera ratio præstandorum laudimiorum, & de effectu subhastationum nulliter factarum, vt ex iis laudimia debeantur, etiam citra interpositionem decreti.

QVOD si hoc admittimus, quod necessariò admittendū est, vt ex subhastatione nulla non transferatur dominium. Illud quoque prorsus cōsequens videtur, vt ex eiusmodi subhastatione laudimia nulla debeantur. Atque ita pragmatici plerique sentiunt. Ego contrà puto. Primum quia nec illis in totum assentior qui existimant ex sola dominij vtilis translatione obligationē præstandorū laudimiorum proficisci. Quin potiùs ex domini subscriptione & approbatione suscipientis nouum emphyteutā in possessionem, vt loquitur Iustinianus *in d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* Quibus verbis non obscurè significat possessionis habendam hac parte rationē magis quàm dominij, & proprietatis, dūmodò possessor is sit in quem totum ius emphyteuticum transferre prior emphyteuta voluerit, & quantum in eo fuit transtulerit. Hoc dico, Sufficere vt titulus sit per se habilis ad alienandum & transferendum ius omne quod fuerit penes eum qui alienandi voluntatem habuit, licèt aliquod interueniat impedimentum per quod eiusmodi alienatio & translatio inhibeatur. Quid enim domini intereſt an contractus teneat, necne? aut quid ei possis imputare si modò acquisitorem venientem in possessionem admiserit, petitámque subscriptionem concesserit? Imputet sibi emptor potiùs, qui malè comparauit, nec eo minùs tamen domini directi subscriptionem & approbationem petiit ac impetrauit. Præsertim cùm multa possint accidere, & accidant quotidie quæ faciant, vt venditio aut alia species

quælibet alienationis etiã nulla, interim tamẽ teneat, adeóq; interdũ conualescat, nemine existẽte qui possit aut velit euincere, vt in specie *l. habere licere* 57. *D. de euict.* Aut saltẽ opposita doli vel lõgissimi tẽporis, vel qua alia exceptione defendatur, vt *in l. si fundus* 13. *§.1. D. de reb. eor. qui sub tut. l. vtere* 14. *C. de præd. minor.* Cõstat namq; inter omnes iuris nostri interpretes, Etiã ius allegãdæ nullitatis vt cætera iura omnia perimi per longissimi tẽporis præscriptionẽ ex *l. sicut* 3. *& seq. C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* Sufficit autẽ vel vno casu posse subhastationẽ tenere vt omnino laudimiũ ex ea debeatur, Et id demùm verè nullum dicendũ est quod nullũ vtilem casum habet *l. Stichus* 39. *in fin. D. de manum. test. l. heres* 21. *§. pen. D. de fideiuss.* Cùm itaq; nõ facilè vlla venditio sit tam nulla quæ non hodie possit aliquo casu vel tẽpore conualescere [aliud enim erat iure vetere ex regula *l. quod initio* 29. *D. de reg. iur.*] Cur iniuriã illã inferamus domino directo, per quẽ non steterit quominùs emptor aliúsve acquisitor in possessione retineretur, vt propter contractus nullitatẽ ius suum exequi & laudimia vel non soluta petere, vel soluta retinere possit? Hoc enim posterius addendũ est vt erroris cõmunis iniquitatem maiorem detegamus, quæ nõ tantùm petitionem laudimiorũ nõ solutorũ ex contractu nullo denegat domino directo, sed etiam solutorũ retentionẽ, Vt ex omnium sententia concludit Amed. à Ponte *quæst. laudim.* 39. Vbi addit idem esse non solùm si contractus ab initio nullus sit, sed etiam si ex postfacto in irritum & ad non causam reducatur. Vt putà si ex causa minoris ætatis rescindatur, vel ex causa læsionis, vel aliter. Dummodò ea causa sit necessaria & ab initio cõtractus existẽs ex qua subinde cõtractus resoluatur. Ex Ioanne Papanio *lib.* 13. *Syntagm. ti.* 2. *nu.* 28. Steph. Bertr. *cons.* 114. *vol.* 7. Marco *Decis.* 606. & aliis ibi citatis De quo tamen posteà latiùs tractandũ nobis erit. Est enim hoc multò absurdius vt ostẽdemus. Ne autẽ de aliis contractibus nũc agamus res apertior est in subhastationibus de quibus nunc contendimus, vt quamuis nulliter factæ sint, & contra formam statuti, laudimia tamen ex iis debeantur, quia scilicet non eo minùs tenent & effectũ suũ sortiuntur, siue quòd nolit aut nesciat debitor excipere de nullitate & defectu sollennitatũ, siue quòd non offerat debitum pro quo subhastationes factæ proponuntur. Ita enim stylo Senatus nostri disertè constitutum est, vt de subhastationum nullitate non possit obiicere debitor si non anteà debitum solidũ offerat cũ legitimis accessionibus, & recusante emptore obsignet. Neq; à iuris communis ratione ea res abhorret: Vt constat & probare soleo ex *l. si non sortem* 26. *§. si centum D. de condict. indeb.* vbi Vlp. scribit, Si centum debens quasi ducenta deberem fundum ducentorum soluerim, dationem quidem in solutum non valere, & ideò cõdictionẽ integræ rei manere, & obligationem incorruptam, sed tamen agrũ retineri posse donec pecunia debita soluatur. Quidni enim retentio detur pro ea pecunia quæ non tantùm naturaliter, quod sufficeret, sed etiam ciuiliter debeatur? *l. naturales* 10. *D. de oblig. & act. l.* 1. *D. de pignor.* Non tantùm autem tenet subhastatio interim, id est quoadusque sit solutũ creditori, aut aliter eo nomine satisfactum, sed ita vt quantumlibet ab initio nulliter facta sit, & contra formam statuti, possit tamen euadere in titulum, & in subhastationem perinde validam atq; si nullũ vicium interuenisset. Nã siue nolit debitor offerre pecuniam quæ debetur, quod ex variis causis potest contingere, aut quia non habet eam in numerato, aut quia putet sibi esse commodius in fundo quàm in pecunia soluere, siue per suam aut imperitiam aut contumaciam patiatur confirmari decreto iudicis subhastationes, &, vt pragmatici loquuntur, decretũ super iis interponi:

adeò confirmantur ſubhaſtationes vt de earum nullitate ampliùs diſputari non poſſit, nec conſequenter dubitari quin dominium ex iis tranſlatum fuerit cùm res iudicata hac in re vt & in aliis omnibus pro veritate habeatur. Idq; eſt quod pragmatici iactitant, Interpoſitionem decreti titulum eſſe emptoris, Non malè ſi ſic intelligant vt is demum titulus ſit abſolutus & indubitatus,& irreuocabilis, quia poſt id tempus nullum ius redimendi ſupereſt, quod in eum vſque diem ſuperfuerat ſi ſubhaſtationes vicio aliquo laborabãt. At minùs rectè minúſque propriè ſi ſubhaſtationes ipſas non habent pro vero iuſtóque titulo ante decreti interpoſitionem. Si enim ponas ritè factas eas eſſe, tutus eſt emptor ex die addictionis & expeditionis quod pertinet ad acquiſitionem dominij & lucrum fructuum nec in eam rem vlla indiget decreti interpoſitione, quamuis in hoc quoque imperitiores plerique pragmatici labantur: Vt verò dominium illud quod à die addictionis emptori acquiſitum eſt, fiat irreuocabile, ſicut & ipſa fructuum exinde perceptorum acquiſitio irreuocabilis eſt, non alio indiget adminiculo quàm vt lapſum ſit ſemeſtre intra quod potuerunt redimi bona vendita. Non item vt lapſo ſemeſtri decretum vllum interpoſitum ſit, Cuius nec alia vtilitas vlla eſt, quàm vti ne poſt interpoſitionem diſputari poſſit de nullitate & defectu ſubhaſtationum, de qua nullitate diſputari alioquin poſſet ad triginta vſq; annos. In quo certè nihil intereſt emptoris qui ſibi adprimè cõſcius ſit nullo prorſus vicio ſubhaſtationes laborare: Ob eámq; cauſam pleriq; emptorum negligentiores ſunt in petenda decreti interpoſitione metu nimirũ aut litis quæ quantulacunque ſit, magna ſemper trahit ſecum incommoda, Aut eius tributi quod vulgo noſtri emolumentum vocant, quod pro iudicato pendi ſolet,& ad ratam vt aiunt iudicati. Quamquam auaritiæ conſiliũ iſtud eſt nec laudabile ſatis, nec tutum, Si quidem ſubhaſtationum validitas numquam tanta támq; certa eſſe poteſt ante interpoſitionem decreti, quàm poſteà. Nec paruum commodum eſt interpoſitionis quæ facit vt nulla in poſterum de viribus ſubhaſtationum quæſtio, nullus litis metus ſupereſſe poſſit. Quòd ſi in ſubhaſtationum forma peccatum aliquid ſit, tum verò neceſſaria quidem eſt interpoſitio decreti vt ex iis ſubhaſtationibus dominium tutò & irreuocabiliter ſibi acquiſitum poſſit dicere, ſed tamen non ideò fiet vt ſi ab eo quæras quem titulum habeat ſui dominij & ſuæ poſſeſſionis, poſſit ille dicere *interpoſitionem decreti* ſed ipſas potiùs ſubhaſtationes dummodò addat, quod addendum neceſſariò eſt *decreto iudicis confirmatas*. Semper igitur & omni caſu titulus ab ipſis ſubhaſtationibus petendus eſt, numquam ab interpoſitione decreti. Et idcirco in hoc quoque caſu quo ſubhaſtationes nulliter ac perperam factæ ſint, nemo dixerit fructus bonorum venditorum non niſi ex die interpoſiti decreti ad emptorem pertinere. Pertinent enim ex die addictionis, & expeditionis, Haud aliter quàm ſi ab initio valuiſſent, quia confirmatæ quandocumque ſubhaſtationes iam inde ab ipſo principio valuiſſe intelliguntur, & in omnibus eodem penitus iure cenſentur. Ex quo illud etiam fit, quod ad hunc noſtrum De laudimiis tractatum propiùs accedit, vt ſi expeditionis tempore alius fuerat directus dominus aut à domino directo ius habens, quàm qui ſit eo tempore quo decretum interponitur, non poſteriori debeantur laudimia ſed anteriori, Vt ex iis quæ in ſequentibus dicemus apparebit. Quod vtique falſum eſſet ſi ex decreti interpoſitione potiùs quàm ex addictione ipſa ius emptoris in propoſito caſu æſtimari oporteret. Idem igitur admittendum eſt tùm quoque cùm nulla decreti interpoſitio ſecuta proponitur, tametſi non careant vicio ſubha-

ſtationes.

stationes. Sufficit enim ad inducendum tuendúmque ius domini directi vt aliquo casu possit valere ac tenere subhastatio licèt posteà nec valeat, nec valere vnquam possit, Exemplo eius quod non valde dissimiliter licèt in diuerso prorsus tractatu scribit Tryphoninus *in l. quod vulgo 19. D. de bonor. poss. contr. tab.* Vt bonorum possessio contra tabulas dari possit. Sufficere tales esse tabulas ex quibus vel hereditas adiri vel bonorum possessio peti aliquo casu potuerit, licèt neutrum eorum posteà secutum sit, neque sequi potuerit. Alioqui erit in potestate emptoris etiam qui subscriptionem & consensum domini directi post elapsum semestre per laudimiorum promissionem aut solutionem extorserit, eum decipere, ac laudimiorum obligationem vel solutionem condicere, nulla vnquã postulata decreti interpositione: quod non modò absurdũ esset, ac ridiculũ sed etiam iniuriosum. Cur enim directum dominũ fraudare velis, qui desiderio emptoris quãtũ in ipso fuit omnino satisfecerit, & per quẽ nõ stet quominùs etiam decretum hodie si emptor velit interponatur. Et quemadmodum dicimus, Neminẽ posse ab agendo repelli per exceptionẽ quæ sit de iure tertij quáuis exclusiuã iuris agentis quoties nõ aliter exclusiua est quàm si tertius ille velit ex l. 2. vbi Bart. & omnes notant *D. de except. rei iud.* Ita dicendũ est, Non posse dominũ directũ à petitione laudimiorum submoueri eo prætextu solo ꝙ subhastationes nullæ & viciosæ sint, Cùm nec priùs nec aliter tales dici & pronũciari possint, quàm si de earũ vicio ac nullitate debitor opponat: quod plerũque vt iam diximus, nec facere potest etiãsi maximè velit, puta si nõ habeat pecuniã in numerato, nec si possit, velit tamẽ, puta si malit in fundo soluere quàm in pecunia, vt *d. §. si centum l. eum à quo* 16. iunct. *Auth. hoc nisi debitor & l. seq. C. de solut. l. si quis aliam 46. §. 1. D. eod.* Habet igitur dominus directus semper fundatam intentionem vt laudimia petere possit ex subhastationibus perfectis, tùm quoq; cùm ab initio non valuerũt, licet necdũ iudicis decreto confirmatæ sint. Et verò cuinã alij magis quàm sibi imputare possit emptor quòd ex talib. subhastationib. ad laudimiorum solutionẽ vrgeatur? Aut cur ei permittamus vt cõuẽtus ipse excipiat de nullitate subhastationũ, cùm eo tẽpore quo accessit ad emptionẽ & bonorũ addictionẽ obtinuit, vicia omnia subhastationũ videre potuerit & debuerit, ac proinde ab emẽdi proposito animũ reuocare si laudimiorũ præstationi tãquã emptor se obstringere nolebat? Nullũ quippe subhastationũ viciũ esse põt quod nõ pręcedat addictionẽ & expeditionẽ, & de quo proinde in ipso addictionis instãti emptor certus esse nõ potuerit, Cùm addictio extremũ sit in subhastationib. vt ab eo tẽpore perfectę & absolutę dici possint. Nã quæ subsequi necessariò debet missio in possessionẽ, subhastationũ pars nõ est, sed tale quid quod in subhastationũ cõsequẽtiã venire necesse est. Sicut in priuatis vẽditionib. traditio ad quã tenetur vẽditor nõ ad vẽditionis substãtiã pertinet vt eius partẽ aliquã cõstituat siue essentialẽ siue integralẽ, sed ad præstationes tantùm quæ veniunt ex natura contractus *l. 1. l. ex empto 11. De pass. D. de action. empt.* Contractus enim ipse emptionis solo consensu perficitur, etiam citra traditionem *§. cùm autem Institut. de empt. & vend. l. 1. §. vltim. l. 2. §. 1. & pass. D. de contr. empt.* Nec quicquam vetat viciosam esse missionem in possessionem ex aliqua causa, nec ipsas tamẽ subhastationes vicio vllo laborare. Indéq; nimirũ est, quod quáuis subhastationes fiãt postulante creditore, cui proinde potest imputari si quid in earũ forma peccatũ sit, cùm ad ei⁹ curã maximè pertinere debuerit, ne quid malè ac cõtra statuti sollẽnitatẽ fieret, nulla tamẽ eo nomine actio emptori cõtra creditorẽ cõpetit. Cõdictio autẽ solutæ pecuniæ multò minùs non solùm quia repetitio nulla fit ab eo qui suũ recepit, licèt alius soluerit,

quàm qui debuit *l.repetitio 44.D.de condict.indeb.* Sed etiam quòd imputare sibi debet emptor, qui ex subhastationibus quas nullas esse sciuit, aut scire debuit, emere maluit quàm non emere, Quasi à seipso potiùs, quàm ab alio deceptus videatur, vt Paulus loquitur *in l.nam si actor 26.D.de rei vindic.* Illud namque præstare duntaxat debet creditor quo postulante subhastationes factæ sunt se verum esse creditorem, non etiam potiorem. Id enim tùm obtinet cùm vẽdit ipse iure creditoris, vt *in l.1.& tot.tit.C.credit.euict.pignor.non deber.* Non autem cùm eo postulante pignus venditur vt passim hodie fit, non modò cùm pignus in iudicati executione capitur & distrahitur. Ex *tit.si in caus.iudic. pign. capt.sit.* Sed etiam cùm ex instrumento guarentigiato vt loquuntur quod sententiæ ac iudicati vim obtinet executio fit, vt *in l.si ob causam 13.C.de euict.* vbi dicitur, Euicto pignore quod ita distractum fuerit actionem de euictione dandam esse emptori non contra creditorem, qui suum recepit, sed aduersus debitorem cui solutio profuit, cùm per eam fuerit à creditore suo liberatus. Hoc enim casu venditio non tam à creditore facta videri potest, qui ipse in vicẽ extranei emptoris si nullus sit debet emere, quàm à debitore ipso cuius factum & voluntas per factum & voluntatem iudicis suppletur ac repræsentatur. Sed tamen quoniã fit inuito debitore, vt & alia quælibet iudicati executio fieri solet, nihil est quod imputemus ei si quid in subhastationum forma peccatum sit. Et ideò permittendum illi est vt venditionem sub hasta factam licèt ipsius nomine, impugnet, ac nullitates si quæ interuenerunt, obiiciat. Dummodo quod debet offerat, Ne possit ei obiici dolus quandiu debitor manet. Cùm magis imputandum ei sit cur debitum non soluerit, qui si soluisset, non iam de subhastationũ nullitate quærendum esset, quia nec subhastationes vllæ factæ fuissent. Cæterùm soluenti debitori succurrimus, vt subhastationum nullitatem obiicere possit, hactenus ne dominij sui iacturam sentiat, néve fructuum quos sanè lucro emptoris hoc casu cedere æquum non esset, si modò accessiones precij cum precio simul offerantur: quandiu scilicet neque decreti interpositio secuta est, neq; tempus elapsum intra quod de nullitate quæri potest. Solius itaque debitoris fauore ita ius comparatum est, vt subhastationes quæ contra statuti formam factæ sunt, nullius sint roboris, & momenti. Non item fauore emptoris, cui proinde non debet ea res prodesse, quominùs laudimia domino directo præstare teneatur, acsi subhastationes valuissent. Nam & incumbit ei vt eas ritè rectéq; factas esse probet, quantum facere potest, vt rem quam euenit sibi retinere possit iure dominij, eámq; si fortè possessione ceciderit, vindicare. Qua igitur fronte possit ille contra dominum directum se tueri nullitate subhastationum, ne qua ex iis laudimia soluere condemnetur cùm ad eius commodum & sollicitudinem illud maximè pertineat, vti ne earum fides & validitas allegatione vlla conuellatur. In illo planè non minùs emptori quàm debitori benè consultum est, quod antequàm redimendi tempus præterierit, nulla ex subhastationibus quantumlibet ritè factis laudimia debeantur, ita vt dominij translatio quæ per addictionem & expeditionem facta est, licèt commodum & emolumentum fructuum acquirat emptori, laudimiorum tamen damnum & incommodum neque emptori adferat, neque debitori. Nõ emptori, cui inuito eripitur dominium quod ei ex subhastationibus ritè factis quæsitum fuerat, & quidem ipso iure ac sine vlla retrotraditione, at ne quidem retrouenditione, Vt quemadmodum sola potestate statuti dominium rei sub hasta venditę transit à debitore in emptorẽ, ita eiusdem statuti authoritate recurrat ab emptore ad debitorem non quasi nũquam

quam factum emptoris, cui alioquin eodem modo lucrũ omne fructuum quos percepisset auferendum esset, sed quasi restitutum. Non debitori, cui humanitatis intuitu semestre indulgetur ad soluendum. Non alia de causa quàm vt si intra id temporis satisfaciat, immunis sit ab onere præstãdorum laudimiorum, nec nisi fructuum iactura & amissione mora eius coerceatur. Ita fit, vt de laudimiorum restitutione vix vlla possit nasci quęstio inter emptorem & debitorem, Nisi si quo casu contingat vt post elapsum illud semestre bona vendita quę pleno iure ad emptorem pertinere videbantur, redeant ad debitorem. Quod etsi perrarò, euenit tamen aliquando, non solùm si quid desit formæ ac sollennitati subhastationum, & tamen secuta sit missio in possessionem. Quo casu laudimia vtique post sex menses à die missionis debentur, nec eo minùs tamen saluum debitori ius est excipiendi de nullitate subhastationum, quandiu decretum interpositum nullum est, ex eáque causa impediendi ne interponatur, sed etiam si omnia ritè ac sollenniter peracta sint, nec tamen deficiat æquitas quæ suadeat vt laxiora tempora dentur debitori ad redimendum, quod ipsum ex variis causis potest contingere, vt dicemus in sequentibus. His casibus debentur omnimodo laudimia domino directo, licèt in irritum subhastationes recidant. Sed ea multò æquius est pertinere ad onus debitoris cui saltem hoc imputari potest quòd non soluerit citiùs ne laudimia vlla deberentur, & cur faciendis subhastationibus petendísque laudimiis causam dederit, quàm ad onus emptoris, cui nihil est quod imputare possit debitor, & cui dominium auffertur quod ex subhastationibus quæsitum ipsi fuerat.

ERROR TERTIVS.

De laudimiis ex simplici alienationis contractu etiam valido petitis.

CAVENDVM tamen est ne quem decipiat quod proximè diximus, Ex subhastationibus etiam nulliter factis laudimia deberi. Erunt enim fortasse qui statim ex hoc inferant, in ea nos esse sententia, vt putemus Contractum quemlibet etiam inualidum sufficere ad inducendam laudimiorum obligationem. Quod tãtùm abest vt probare possimus, vt nec illud admittamus quod cæteris omnibus placere video, Ex simplici contractu siue venditionis, siue alio qui sit habilis ad alienandum deberi laudimia priusquàm vẽtum sit in possessionem. Quam conclusionem velut ex communi Doctorum sententia verissimam asserit & pluribus authoritatibus confirmat Amed. à Põte *quæst. laudim.* 38. Ego falsissimam esse arbitror. Semper enim illud exigo, vt emptor aut alius cuiuscunq; tituli sit nouus acquisitor, possessionẽ rei emphyteuticæ acceperit, aut per traditionẽ quæ ab alienatore facta sit, aut quo alio ex iis modis per quos transferri possessionẽ placuit, vt putà per clausulã constituti, aut retẽtionem vsusfructus. Non quòd ex sola possessionis translatione laudimia deberi possint, sed quia translatio possessionis condicio quædã est sine qua non possunt deberi laudimia: tamet si contractus talis sit, qui per se idoneus sit & habilis ad transferendum secuta traditione dominium. Idq; supradictæ constitutionis Iustinianeæ verba tam apertè sonant vt nihil potuerit scribi apertius *in l. vlt. Cod. de iur. emphyt.* Primùm in illo loco *vel si ius emphyteuticũ ad personas non prohibitas, sed*

concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta malueris, non contradicere sed nouum emphyteutam in possessionem suscipere. Et rursum paullò pòst *non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione quàm quinquagesimam partem vel æstimationis loci qui ad aliam personam transfertur accipere.* Quibus verbis an non apertissimè Iustinianus exprimit, non priùs laudimia deberi domino directo quàm is nouum emphyteutam in possessionem susceperit, suámque voluntatem propria subscriptione vel depositione testatus sit? Consequens igitur est vt antequàm emptor aut alius acquisitor de adprehendenda possessione cogitauerit adeóque ad ipsum actum adprehendendæ possessionis deuenerit, nihil ab eo petere dominus directus laudimiorum iure possit. Imò nec antequàm subscripserit aut suam voluntatem aliter deposuerit. Si enim pro subscriptione aut depositione illa debetur laudimia, vt apertissimè habet cõstitutio, illud vtique necessarium est vt subscriptio illa vel depositio præcedat. Nec sanè, iudicio meo, negari potest, quin supradicta Iustiniani verba merum factum respiciant, cùm & nouum emphyteutam in possessionem suscipere, & alienationi subscribere facti sit non iuris. Factũ igitur reuera interuenire necesse est, vt laudimia debeantur. Neque ad rem facit si quis ad tuendum errorẽ interpretum obiiciat, Pro facto habẽdum id esse quod per dominum directum non stet quominùs fiat, Ex regula iuris quæ in ipsis etiam condicionibus maximè locum habet quamuis facti sint *l. iure ciuili 24. De condic. & demonstr. l. in iure ciuili 161. De regul. iur.* Et consequenter sufficere domino directo ad habendum ius petendi laudimij, vt per eum non stet quominùs inducat nouum emphyteutam in possessionem & alienationi subscribat. Nam & hoc modo nostri ratiocinantur, Addentes ex Aret. *cons.* 41. Consensum domini ante inductionem noui emphyteutæ in possessionem exigi inter alia vt dominus directus faciliùs laudimium consequatur: Debere igitur ei laudimium solui antequàm inducatur nouus emphyteuta in possessionem, Vel eo saltem tempore quo paratus est dominus ipsum effectualiter inducere, Ne alioqui sit in potestate noui emphyteutæ numquam adprehendendo possessionem, neque petendo subscriptionem & adprobationem, domini directi ius tollere, cui quæsitum ius sit ex eo die quo cõtractus perfectus est, qui plerunque, vt emptio, consensu solo perficitur. Resp ódeo enim, prius esse, vt nouus emphyteuta velit possessionẽ adprehẽdere, quàm vt eum in possessionem suscipere dominus debeat, aut velit. Suscipiendi nãque verbum præsupponit acceptionem possessionis ex parte noui emphyteutę, qui si nolit eam accipere, neque vt accipiat cogendus est, neque inuitus possessor fieri potest sola domini directi volũtate, Cùm possessio nulla possit acquiri sine animo, nec quemadmodum corpore ita & animo alieno possit quis incipere possidere *l. quemadmodum 8. & pass. D. de acquir. poss.* Dominiũ quidẽ acquiritur aliquando ignoranti vt ex causa legati *l. cum pater 77. §. surdo de leg. 2.* adeóq; interdũ etiam inuito, puta per seruũ quem in potestate habeamus *l. etiam inuito 32. D. de acquir. rer. domin.* itémq; suis & necessariis heredibus aut necessariis tantùm *l. in suis 11. D. de liber. & post. l. necessariis 57. D. de acquir. hered.* sed possessio nũquã nisi volenti *l. eis qui 12. eod. l. 1. §. vlt. D. de separat. l. facta 63. D. ad SC. Trebell.* Adeò vt etiã acquisita possessio amittatur solo animo statim atq; possessor constituit nolle possidere: quod in dominio diuersum est si nõ sit habita res pro directo *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acquir. poss.* Ergo quãuis cõtractus emptionis solo cõsensu perficiatur, cùm tamẽ neq; dominus neq; possessor fiat is qui emit antequàm sit secuta traditio aut quid aliud quod æquipolleat traditioni, Nõ

potest

pōt bona esse cōsecutio vt ob eā causā quasi iā dominus & possessor factus laudimia præstare teneatur:Satisque domino directo esse debet,quòd laudimij petēdi ius habitur* sit statim atq; emptor in possessionē induci volet, quódq; certus sit emptorē nūquam sine onere soluendi laudimij possessorem fore. Planè si venditor irrequisito domino directo emptorē suum in possessionem induxerit, non etiam illud exigemus ad inducendam laudimij præstandi obligationem,vt secuta sit subscriptio aut depositio domini directi. Quid enim si eam nolit petere emptor iam possessor factus?Quid si emptionis instrumentū cui subscribēdum esset,proferre nolit?Quis dicat laudimiū eo minùs deberi domino directo per quē non stet,vt subscribat?Placet mihi hac parte ratiocinatio interpretū vt pro domini directi subscriptione,si per emptorem ipsum stet,sufficiat voluntas subscribēdi:quia sc. subscriptionis non minùs petendæ quàm concedendæ necessitas imminet ex quo instanti apprehensa possessio est per nouum emphyteutam. Quinimò si contra vtrumque emphyteutam summo iure ageretur,dicēdū esset ex eâdem Iustiniani constitutione cadere rem vēditam in cōmissum,Cùm etiam à venditore exigat cōstitutio,vt requirat an dominus directus nouū emphyteutam suscipere velit,necne, Vt si nolit,& requisitus hoc facere intra duos menses supersederit, possit venditor etiam non consentiente domino, ad alios quoslibet suum ius vel emphyteumata transferre.Sequitur namque in fine Constitutionis *sin autē aliter fuerit versatus quàm nostra constitutio disposuit iure emphyteutico cadat.* Verùm ab hoc summo iure paullatim recessum est per consuetudinem contrariam vbique ferè gentium & locorum introductam,vt nō tam exactè & accuratè requirēdus sit dominus directus, sed possit eo irrequisito & vendi res emphyteutica & emptor in possessionem induci,dum ne qua vel præstando laudimio vel si quod aliud ius ipsius est,mora ei fiat. Et cùm ex ratione iuris scripti & à Iustiniano constituti *in dict. l. vltim.* duplex consensus domini necessarius sit, Primus vt possit emphyteuta rem emphyteuticam alij vendere, aut ius suum in alium transferre , si non malit ea dominus pro iure suo retinere,quod nos vulgò ius prælationis appellamus, Alter vt postquam licitè ac domino permittente alij facta venditio est,possit emptor nancisci, & ingredi possessionem, vt his ita peractis nulla supersit causa dubitandi, quin & nouus emphyteuta in possessione sua tuendus sit,& laudimium domino debeatur.Nos vtrumque consensum istum negligimus,& ius domini hactenus tuemur,vt facta venditione aut alia qualibet alienatione laudimium ei præstari oporteat, aut si qua in eo vel fraus vel contumacia emptoris alteriúsve acquisitoris interuenerit, commisso locus aperiatur , & res ad dominum reuertatur : quam pragmatici vocant consolidationem dominij vtilis cum directo. Idque nimirum est quod iactari solet, Non tantùm emphyteuses de quibus solis nunc agimus, sed etiam feuda redacta esse ad instar patrimoniorum , vt de iis possit emphyteuta disponere pro arbitrio perinde ac de aliis quibuslibet bonis propriis, &, vt vocant, allodialibus. Quod ius consuetudinarium ex magna & duplici æquitate, & vtilitate inductum fuit, quarum altera est,quod ita postulare videretur vsus ac necessitas commerciorum vt & faciliùs domini directi emphyteutas inuenirent & emphyteutæ reperirent emptores tantò citiùs, quantò liberiùs rē emptam aliis possent vendere:Altera quòd iuri communi derogatū fuerit primùm per dominos directos qui non contenti quinquagesima parte precij quā Iustinianus præscripserat,longè maiorē portionē præstari sibi voluerunt,&vt plurimùm sextā partem,apud alios quintam,aut quartā,apud nonnullos etiam tertiā

imò & dimidiā. Adhibitis scilicet priuatis in eam rē pactionibus, quæ iuri scripto derogarent. Nam & ipsa Iustiniani constitutio excipit conuentiones, quę in contrarium factæ sint in contractu ipso emphyteutico, quarum causam semper vult esse potiorē, vt euenit in cæteris quoque contractibus, sed in hoc maximè, cuius natura non alia esse creditur, quàm quæ per cōuentiones in scriptis habitas inducatur *l.1.C.eod. tit.* Quemadmodum itaque iuri communi derogatū est in fauorem domini directi vt longè maiora ei laudimia debeantur quàm Iustinianus præscripserit, Ita & in fauorem possessoris & emphyteutæ eidem iuri cōmuni derogari oportuit, vt non adeò esset obstrictus in requirendo duplici cōsensu domini, Transijtque tandem ius hoc conuentionale in consuetudinariū, Vt aliàs solent quæ frequenter adiiciuntur in contractibus, etiamsi expressa nō sint, haberi pro expressis aut ex constitutione aliqua, aut ex consuetudine, in quā frequentia cōuentionum degenerauerit, vt *in l.vlt.C.quæ res pign.obl.poss.l.vlt.C.de fideiuss.l.quòd si nolit 31.§.quia assidua D.de ædil.edict.* Vnde etiā rationē petere soleo, Cur vix vllus hodie sit vsus iuris prælationis quod omnib. dominis directis Iustinianus concesserat, nisi apud quos vel ex longa consuetudine retētum fuit, quod de plerisque Galliarū populis & prouinciis pragmatici Galli testantur, aut ex edicto Principis, vt apud nos ab aliquot duntaxat annis restitutū, Nempe quia nō est hodie in arbitrio domini directi vt alienationi per emphyteutam faciendæ factæve consentiat, sed omnimodo cōsentire cogitur, nec nisi vel laudimij, vel si per fraudem laudimium denegetur, commissi petendi ius habet, Prælationem enim dederat Iustinianus eo tempore, quo nondum venditio facta esset non post perfectam vēditionem. Sed & quibus in locis hodie ius hoc prælationis saluū est domino directo, non prohibetur tamen possessor emphyteuta vendere irrequisito domino. Nec si ita fecerit, viam commisso aperit, sed post factam irrequisito domino vēditionem perinde saluum domino ius est rei pro eodem precio habendæ & retinendæ, dum intra tres menses aut aliud præscriptum tempus voluntatem suam declaret, acsi nulladum vēditio nec traditio facta esset. Nullus igitur hodie domini consensus exigitur nō solùm vt emphyteuta possit rem vendere, sed neque vt emptorem possit in rei vēditæ possessionem inducere, Vnúmque hoc ius domino superest, vt vel rem sibi pro eodem precio retineat si prælationis iure vti possit & velit, Vel laudimium soluat quale quantúmque vel pactione aliqua conuentum, vel longa & recepta consuetudine definitum est. Quo admisso, defendi certè multominùs potest hodie quod nostri volunt, vt statim atque perfecta venditio est, ius sit acquisitū domino petendi laudimij, etiam priùs, quàm emptor inductus sit in possessionem. Nā siue ad Iustiniani constitutionem respicimus, Dat illa ius cōmissi & caducitatis non laudimij domino directo, si eo irrequisito alterutrum factum sit, aut venditio, aut translatio possessionis. Nemo autem dixerit posse laudimium deberi quamdiu in eo res est vt commisso & caducitati locus fieri queat, siue ad consuetudinem quam diximus obtinere, antiquata ex maiori parte Iustiniani cōstitutione, nō plus iuris habet dominus directus cùm irrequisito eo nouus emphyteuta in possessionem missus est, quàm si consensum suum ante missionem accommodasset; ac vtroq; casu sola laudimij petitio competit, non etiam commissi vt anteà. Cæterùm sicut ex Iustiniani lege tùm quoque cùm duplex ille dominij consensus exquisitus est, non ideò tamē laudimium deberi omnimodo incipit sed ex quo tantùm die induxerit dominus nouum emphyteutam in possessionē, aut saltem ipsius possessioni consenserit, Adeò vt si per duos menses hoc facere

super-

superſederit liceat emphyteutæ ius ſuum in quemcunq; voluerit transferre, neglecto domino, id eſt abſq; metu vllo vel commiſſi vel præſtandi laudimij, Ita & ex conſuetudine qua vtimur dicendum eſt, nullum poſſe deberi laudimiū priùs quàm nouus emphyteuta poſſeſſor factus ſit, cùm multa incidere poſſint per quæ fiat vt poſſeſſionem ille numquam accipiat, Aut quia rebus omnibus integris malint contrahentes à contractu diſcedere, Aut quòd ab alio ea res euincatur ſi non dominij ſaltem pignoris iure, Aut ne ſingulos caſus alios conquiramus, quòd dominus directus venditionem laudare & adprobare nolit, Quo ſaltem caſu non eſt qui negare poſſit permittēdum emptori vt ab emptione recedat impunè, ſi modò venditor quoque conſentiat. Cur ergo poſſeſſionem habeamus pro adprehenſa per nouum emphyteutam ob hoc ſolùm quod paratus ſit dominus conſentire vt emphyteuta eam adprehendat? Nam nec vtilis dominij, vt vocant, vtilitas vlla eſt ſine poſſeſſione, quam ideò à proprietate ſeiunxit hominum cæca cupiditas, vt Seneca conquerebatur. Ergo quod ſuperiore capite diximus & probauimus, Ex ſubhaſtationibus etiam nulliter factis deberi laudimium, non ita intelligi volumus vt omnimodo debeatur, etiam priùs quàm emptor in poſſeſſionem inductus ſit, aut quod eſſet abſurdius, etiamſi poſſeſſionem adprehendere numquam velit, ſed vt debeatur ſi ſecuta ſit miſſio in poſſeſſionem, & ſemeſtre illud intra quod redimi bona debuerunt, effluxerit. Neque enim priùs deberetur etiamſi ſubhaſtationes valuiſſent. Et id quidem indubitatè procedit eo iure quo vtimur, vt non priùs ſemeſtre illud incipiat currere quàm authoritate iudicis miſſus fuerit emptor in poſſeſſionem: Nam cùm nō antè incipiat deberi laudimium, quàm ſemeſtre prætererit, neceſſarium antecedēs eſt vt miſſio in poſſeſſionem præceſſerit. Sed inſpecto iure vetere quod ex Statuto noſtro obtinebat, vt ſex illi menſes inciperent currere à die expeditionis non expectata miſſione in poſſeſſionem difficilius videtur, vt dicamus obligationem præſtandi laudimij, naſci hoc caſu potuiſſe ex apprehenſione poſſeſſionis. Enimuerò dicēdum potiùs eſt, ita obtinuiſſe propterea quod cùm ſtatuti poteſtate dominium in emptorem tranſeat citrà vllam traditionem, parùm intereſſe videretur an miſſus eſſet emptor in poſſeſſionem, necne, dūmodo eſſet ei ius dominij vtilis irreuocabiliter quæſitum, vt exinde ſaltem laudimium deberet inciperet. Neque rurſus exiſtimandum eſt miſſionem in poſſeſſionem vſque adeò neceſſariam eſſe vt emptor non priùs poſſeſſor fieri poſſit, quàm authoritate iudicis in poſſeſſionem inductus ſit. Nā traditio calami, de qua in præcedentibus aliquid diximus, licèt non ſit modus transferendæ poſſeſſionis, Emptori tamen facit poteſtatem adprehēdendi poſſeſſionem propria authoritate, vt etiam fructus ex re vendita poſſit percipere, in quibus præcipuum poſſeſſionis commodum & emolumentum cōſiſtit. Neque eſſet neceſſaria miſſio in poſſeſſionem quæ ex iudicis authoritate per apparitorem fieri ſolet, ſi non congruentius & cōuenientius videretur, vt quemadmodum ſubhaſtationes omnes fiunt ex mandato iudicis, ita per iudicem ex poſtfacto confirmentur: quod fit primùm ſed ſummariè & cauſa nō cognita, per miſſionem in poſſeſſionē. Deinde adhibita cauſæ cognitione pleniſſima, per decreti interpoſitionem. Hodie autem ad hoc vtilis & neceſſaria eſt miſſio in poſſeſſionem, non vt emptor magis poſſeſſor fiat ſi rei venditæ fructus iam perceperit, ſed vt iuſtiùs & authore Prætore, Itémque quod præcipuum eſt, vt ſemeſtre currat quod alioqui currere numquam inciperet: Vnde fieret vt neque laudimia vnquam deberentur, Quæ licet non ita facilè nec tam citò deberi æquum eſt ne hoc incōmodo miſer de-

bitor oneretur, si quandoque bona vendita volet redimere cùm iam debito soluendo impar sit. Attamen aliquando tandem deberi necesse est, ne dum consulere debitori volumus, domini ius extinguamus, Eo nimirum tẽpore quo emptori dominium irreuocabiliter acquisitum fuerit aut acquiri potuerit, quod cõtingit post elapsum semestre, siue subhastationes valuerint siue nõ valuerint, & siue decreti interpositio aliqua probetur secuta siue nulla, secundum ea quæ diximus in præcedentibus. At in priuatis venditionibus, quia dominiũ sine traditione non transfertur necessaria semper est aut inductio aliqua in possessionem, aut saltem adprehensio alia possessionis vt laudimium deberi incipiat & peti possit.

ERROR QVARTVS.

Si venditor ex cuius contractu laudimium petitur, nolit rem tradere.

APPAREBIT euidentiùs quàm grauis sit error ille interpretum quem refellimus existimantium, Ex contractu simplici dum ne inualido & nullo laudimia deberi, si rationes quibus mouetur, & limitationes quas adferunt, subtilius expendamus. Mouetur autem maximè ex eo quòd putant & supponunt pro vero, quod & nos aliquando credebamus, Venditorem eius rei cuius tradẽdæ potestatem habeat, teneri præcisè emptori, vt eã tradat, nec liberari præstatione eius quod interest. Quæ communis nostrorũ sententia est post Bart. & alios ad *l.1. D. de actiõ. empt.* Inde namq; inferunt, Etiam priùs quàm rei venditę traditio vlla secuta sit, habendam tamen eam pro tradita & consequenter, eodem iure censendum emptorem dominúmque directum, quo esset vterque si res tradita proponeretur. Quo secuto, dubitandi causa nulla esset quin ab emptore laudimia domino deberentur. Nam & dici solet, Eum qui actionem habet in rem aliquam, rẽ ipsam habere videri *l. is qui actionem 15. De reg. iur.* quod eo saltem casu indubitatè procedit, quo quis habet actionem in rem aliquam, ad eam rem præcisè cõsequendam. Itaque si quando contingat vt venditor non sit præcisè obligatus ad tradendum, sed liberari possit prælstãdo id quod intersit emptoris. Vt puta inquiũt si feudum vel emphyteusim vendiderit sine consensu domini, fatentur nulla eo casu laudimia deberi, Quasi cessante ratione quæ facere posset vt deberentur, Ex Baldo *in §. si facta Tit. si de feud. fuer. contr. int. domin. & agnat. in vsib. feudor.* Nihil enim domini videtur interesse cùm facta venditio est, quam non debeat subsequi absoluta necessitas traditionis, Cùm sola mutatio emphyteutæ illa sit quæ efficit vt domini interesse videatur. Sed tota ratio hæc, si propiùs inspicias neque vera est, neque accõmodata. Non vera, quoniam falsum est quod illi pro vero habent, Venditorem teneri præcisè ad hoc vt emptori rem tradat, quoties eius tradendæ facultatem habet, Vt nos iam sæpius & pluribus probauimus in præcedentibus, tam ex *dict. l. 1. De act. empt.* quę generaliter ait, si res vendita non tradatur agendum esse ad id quod interest, non adhibita distinctione illa quam interpretes de suo ingenio comminiscuntur, An facultatem habeat rei tradendæ, an non. Quàm ex *l. si traditio 4. C. eod. tit.* vbi tractant Imperatores de venditore qui per procaciam suam nolit rem tradere, id est qui dolo malo recuset traditionem

ditionem quam facere posset si vellet, Alioqui nulla esset procacia venditoris qui rem tradere tametsi maximè vellet, non posset, quòd eius rei tradendæ potestatem non haberet. Et tamen eo quoque casu rescribunt, Non quod volunt interpretes, condemnandum esse præcisè venditorem ad tradendum, sed quod nos defendimus, Quanti interesse compleri emptionem arbitratus fuerit Præses prouinciæ tantùm in condemnationis taxationem deducere illum debere. Nec dissimiliter iidem Imperatores *in l. cùm venditorem* 10. *eod. ti.* rescripserunt, Vẽditorem qui fide conuentionis rupta carnem quam vendiderat placito tempore non exhibuit, proposita actione ex empto quanti emptoris interest si tunc præstita fuisset, conueniendum eum esse. In quo duo sunt obseruanda, Primùm illud quod lex ait *fide conuentionis rupta.* Nec enim de rupta conuentionis fide argui potest venditor qui rem venditam ideò non tradit quòd eius tradendæ potestatem non habeat, sed is demùm qui cùm tradere possit si velit, non vult tamen. Alterum quod non de condemnatione aut condemnationis taxatione loquuntur Imperatores, vt *in dict. l. si traditio*, sed de actione ipsa cùm aiunt conueniendum esse venditorem hoc casu ad id quod interest emptoris, Vt significent nullam competere actionem ad rem præcisè tradendam, sed ad pecuniam duntaxat & ad id quod interest quod semper in quantitate consistit, Vt rei traditio sit in præstatione potiùs quàm in obligatione. Rem enim ipsam tradere quidem venditor debet ex natura contractus, vt fidem suam liberet nec de ea rupta argui possit, quomodo accipi debet quod scriptum est *in leg. ex empto* 11. *§.* 1. *D. eod. tit.* Sed si non tradat, conueniendus est eo nomine ad tradendum quidem, vt *in l. si pater* 10. *in fin. Cod. eod:* at non præcisè sed disiunctiuè & alternatiuè vel ad tradendum, vel ad præstandum id quod interest, quod disertis verbis Iustinianus exprimit in *l. contractus* 17. *versic. adeò vt nec in huiusmodi venditionibus Cod. de fid. instrum.* Essétque ineptus libellus emptoris, qui venditorem vrgeret præcisè ad rem tradendam. Quoniam qualis libellus est talis quoque sententia esse debet *l. vt fundus* 19. *D. commun. diuid.* vbi ratio redditur quia vltra id quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest. Et stultus dicitur Iudex qui speciem aliquam petenti adiudicat æstimationem *l. vltim. Cod. de fideic. libert.* Atqui non posset in condemnationem deduci vt cogeretur præcisè venditor rem tradere, Cùm traditio sit facti *l. consilio* 7. *§. vltim. D. de curat. furios.* nemo autem præcisè cogendus sit ad factum, quod citra vim & impressionem fieri non posset: Ideóque nimirum in omnibus faciendi obligationibus necesse est in vicem facti succedere obligationem, & præstationem eius quod interest *l. si quis ab alio* 13. *in fin. D. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur* 72. *l. quoties quis alium* 81. *l. cum stipulatus* 113. *§. vltim. D. de verbor. obligat.* Neque remedium aliud superesset exequendi iudicati si condemnatus venditor ad rem præcisè tradendam recusaret satisfacere iudicato, quàm vt manu militari res ei aufferretur & in emptorem transferretur. Sed esset hoc remedium inciuile, & alienum à ratione iuris quæ sicuti vim omnem execratur & coercet, ita & ab omnibus iis abstineri vult, quantùm fieri potest, quæ violentiæ speciem aliquam præseferant. In quorum numero sine dubio sunt ea quæ per manum militarem expediuntur. Et quamuis eo iure vtamur hodie in actionibus arbitrariis si iussus reus arbitrio iudicis rem aliquam restituere, parère nolit, postquàm ita Triboniano placuit inuita vetere iurisprudentia *in l. qui restituere* 68. *D. de rei vindicat.* Non tamen facilè debet ius tam nouum & durum trahi ad consequentias,

vt in actionibus quoque personalibus quæ non arbitrariæ sint sed bonæ fidei, idem obseruetur, & quæ ad dandum competunt non ad restituendum. De illis enim solis actionibus siue in rem siue in personam sint, & de interdictis illa lex loquitur, ex quibus arbitratu iudicis restitui quid oportet. In quo grauiter Castrensis errauit ad *d.l. si traditio & ad d.l. contractus* 17. *C. de fid. instr. n.*12. vt dicemus *in Error.*6. *Decad. seq.* Imò id potiùs sequendum est, quod Impp. Arcadius & Honorius præcipiunt executoribus ipsis & exactoribus tributorum, ne cui per terrorem militarem inferant formidinem *in l.*1. *C. de execut. & exactor. lib.* 12. *tit.*61. Sed & si hoc admitteremus, vt cogendus esset venditor præcisè ad tradendum, vt veram faceremus ratione quæ affertur ab interpretibus, non tamen esset accommodata. Finge enim quantùm voles cogendum esse venditorem vt tradat: numquam tamen facies vt tradat inuitus, nec si adhibeas manum militarem, quia potest quidem manus militaris facere vt res ab eo auferatur, & in emptorem transferatur, vt *in d.l. qui restituere.* Sed non vt dominium aliquod à venditore transferatur in emptorem. Quia quoties de dominio transferendo agitur, concurrat oportet affectus ex vtraque parte contrahentium, & nisi animus vtriusque consentiat, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest *l. in omnibus rebus* 55. *De obl. & action. l. si ego* 18. *& seq. D. de reb. cred.* Manus autem militaris quæ in inuitum exerceatur, numquam faciet vt concurrat animus trāsferendi dominij in persona illius qui vim patitur, cuius non tantùm volūtatem & consensum interuenire oportet vt transferat dominium, sed etiam factum aliquod, non nudam patientiam. Est enim duntaxat in iuribus receptum, vt in iis patientia sit loco traditionis quia tradi verè ac propriè nō possunt *l.*3. *in prin. De vsufr. l. vlt. D. de seruit.* non etiam in rebus corporalibus quæ tradi commodè possunt *l.*1. *§. vlt. D. de rer. diuis.* & de quibus *in l. traditionibus* 20. *C. de pact. l. traditio* 20. iunct. *l. numquam* 31. *D. de acqu. rer. domin.* In iis enim quæ ex animo & voluntate cuiusque pendent, nullum præcisè imperium est. Vnde illud Imperatoris, neque amorem, neque religionem imperari posse, Itémq; quod Vlp. *in l. qui in aliena* 6. *§. vlt.* aliàs *l. eum qui D. de acquir. hered.* Eum qui metu verberum [sic enim legendum esse constat, non vt vulgo *verborum*] vel aliquo timore coactus hereditatem adierit, fallens, id est fingens se habere animum adeundi quem non habeat, neque heredem ipsum fieri, si liber sit, neq; heredem facere dominum si sit seruus, quoniam ad acquirendam hereditatē animo acquirendi opus est qui ex voluntate & imperio solius domini non pendet. Hoc verò si ita est, vt venditor etiam eo admisso vt cogi possit ad tradendum, non idcirco tamen cogi possit vt inuitus dominium rei venditæ trāsferat in emptorem. Planè dici non potest cur ob hoc solùm ab emptore laudimium debeatur, quod obligatum habeat ille venditorem suum ad traditionem præcisè faciendam. Cùm præcisa illa necessitas tradendi non possit inducere præcisam necessitatem transferendi dominij, ne quidem secuta traditione. Siquidem nec aliud intuendum volunt interpretes, nisi an dominij & personæ mutatio aliqua facta sit: qua cessāte nec nouus emphyteuta vllus est, nec noua inuestitura, nec proinde causa vlla præstandi laudimij. Ampliùs dico, Etiamsi laudimium ex hac causa deberetur, quòd emptor venditorem obligatum haberet præcisè ad rem tradēdam, adeóque licèt solutum proponeretur, Nihilomagis tamen fore illum dominum rei venditæ quæ nec à venditore ipso, nec ab eius herede tradita vnquam fuisset. Idque probo ex *l. si pater tuus* 8. *C. de action. empt.* cuius verba hæc sunt *si pater tuus venundedit portionem suam, nec induxit emptorem in vacuam possessio-*

possessionem prædij, ius omne penes se eum retinuisse certum est, neq; enim velut traditionis facta vectigal exsolutum si simulatũ factum intercessit, veritatem immutare potuit. Quid enim scribi potuit apertiùs ad sententiam nostram confirmandam? Nisi fortasse quòd velles etiã laudimij factã mentionem. At quid aliud sibi volunt verba illa *traditionis facta vectigal*. An non.n.laudimium vectigal quoddam est & tributũ traditionis factæ. Rectè verò *traditionis* non *venditionis*, vt intelligamus nihil causę esse cur propter venditionẽ aliquod vectigal pendatur, si non secuta sit traditio in qua totus effectus, & complementũ venditionis consistit. Hoc enim est quod sequitur in eadem lege *Quapropter aditus Præses prouinciæ si animaduerterit in vacuam possessionem neque patrem tuum, neque successores eius emptorem vel heredes ipsius quocunque loco factos induxisse, non dubitabit nihil esse translatum pronunciare.* Quòd si nihil transfertur in emptorem ne quidem soluto ex vẽditione laudimio nisi traditio interuenerit: Quis ferat deberi laudimiũ ex sola venditione, nulla translatione facta dominij vtilis, nec mutato emphyteuta? Aut cur inducamus præstandi laudimij obligationẽ quãdiu in eo res est, vt venditio quãuis consensu perfecta possit tamẽ nullũ habere vnquam effectũ, nec vllã siue dominij, siue possessionis translationẽ inducere? Quo casu an non ex postfacto apparebit nullã fuisse causam vel promittendi vel soluendi laudimij? Aut si causa illa sufficit quomodo putant interpretes quòd non stet per dominũ quominùs traditio sequatur. Dicamus igitur eãdẽ ratione aut potiùs eodẽ errore, Deberi laudimiũ etiam ex venditione quæ nũquam facta fuerit, quia non magis stat per dominũ directum quominùs venditio aliqua fiat. Ac ne fortè respondeas, Laudimium hoc casu idcirco deberi non posse quòd nulla vẽditione facta nesciri possit quis emptor futurus sit à quo laudimiũ petatur. Finge pactum & promissionẽ de vendendo inter Titium & Semproniũ interuenisse, neq; tamen vllam vẽditionem secutam esse. Quidni dicas perinde hoc casu debitum iri laudimia, cùm per dominum non steterit quominùs venditio secuta sit, sed per solos contrahentes. Quid si per Sempronium solum, qui promiserat se empturum? An fortè veremur adhuc, ne maior fiat iniuria emptori si laudimium præstare teneatur ex vẽditione quam facere, vt promiserat, sine causa recusauerit, quàm si perfecta venditione & ante adeptam ex contumacia venditoris possessionem obligemus eum ad laudimij præstationem? Imò longè maior iniquitas est in persona eius emptoris cui nihil imputari potest si cùm propter venditoris perfidiam habere rem non possit, oneretur tamen laudimij præstatione, quàm in persona illius cui potest imputari, cur venditionem quam promiserat, non fecerit. Et tamen certum est, & interpretes pragmaticique omnes in eo consentiunt, Ex promissione de vendendo vel alienando nullo casu deberi laudimia, vt post alios tractat Andr. Tiraq. *De retract. conuent. §. fin. num.* 44. Non solùm quoniam aliud est venditio, aliud pactum de vendendo, vt pluribus docet Bart. *ad l. vlt. num.* 8. *De condict. caus. dat.* Bald. *ad l.* 1. *C. de pact. pignor.* & alij quos refert Amed. à Pont. *quæst.* 35. Sed etiam quia ex sola promissione de vendendo neque dominium vtile transferri potest, neque possessio, nec proinde nouus vllus fieri emphyteuta qui laudimia debere possit. Quæ posterior ratio non minùs cõuenit venditioni iam factæ quàm promissioni de vẽdendo, Cùm non magis ex nuda licèt perfecta venditione quàm ex pacto De vendendo aut dominium, aut possessio transferri possit. Benè igitur Guid. Pap. *quæst.* 101. scripsit laudimium non deberi antequàm emptor inductus sit in possessionem rei venditæ, sed malè cùm rationem addit, Propterea quod debeatur pro labore

inuestituræ & inductionis in possessionem. Debuerat enim dicere pro susceptione in possessionem & pro adprobatione non tam noui contractus, quàm noui possessoris, in quo non tam labor quàm beneficium & beneuolentia versatur. Et quamuis recentiores pragmatici negent hoc ius hodie seruari in Gallia, quomodo temporibus Guidonis Papij seruabatur, apud nos tamen semper obtinuit, nec vnquam Senatus noster pronunciauit deberi laudimia ex vllo cõtractu quamuis iusto & valido, nisi secuta & probata noua aliqua possessionis adprehensione. Quæ fuit veterum ferè omnium opinio, quibus sollenne erat dicere, Laudimium non deberi nec peti posse nisi facta fuerit inuestitura, vt apud Stephan. Bertrandi *cons.3.num.33.vol.3.* Nec enim aliud est inuestire emptorem quàm suscipere eum in possessionem quæ susceptio præsupponit & includit in se possessionis adeptionem. Neque possum audire propitiis auribus recentiorum interpretationem qui subintelligunt aliam exceptionem, vel nisi per dominum non steterit. Fateor si per dominum steterit laudimia non deberi. Sed non ideò bona consecutio est, vt ad inducendam laudimiorum obligationem sufficiat per dominum non stare, si non etiam illud concurrat, vt contractus non solùm perfectus sit sed etiam completus, suúmque effectum habuerit, quod sine acquisitione possessionis esse numquam potest.

ERROR QVINTVS.

De differentia commissi & laudimij ex simplici venditione.

Illi ipsi interpretes & pragmatici qui defendunt, Ex simplici venditione deberi laudimium ab emptore priùs etiam quàm rei venditæ possessionem adprehenderit. Fatentur tamen, Per solum contractum absque domini consensu initum non secuta rei traditione aut dominij translatione, non cadere rem in commissum. Ita ex communi omnium opinione Andr. Tiraq. *De retract. gentilit. §.1.glo.2.num.42.* & post eum Amed. à Pont. qui plures refert *quæst. laudim.38. Ex cap. imperialem §. callidis*, vbi Isern. Bald. & alij notant *De prohib. feud. alien.* per Frider. vbi scriptum est in hæc verba *Callidis insuper machinationibus quorundam obuiantes, qui precio accepto quasi sub colore inuestituræ quam sibi licere dicunt, feudum vendunt, & in alios transferunt, ne tale figmentum vel aliud vlterius in fraudem huius nostræ constitutionis excogitetur, modis omnibus prohibemus, Pœna authoritate nostra imminente vt venditor & emptor qui tam illicitas pactiones reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur.* Ponderant nimirum verba illa *feudum vendunt & in alios transferunt*, & ex iis inferunt non aliter illi constitutioni quæ pœnalis est locum esse posse, quàm si vtrumque concurrat, vt & venditio facta sit, & rei translatio ab vno in alium. Atqui certum est, Ex contractu simplici nullam fieri translationem nisi secuta demùm traditione. Traditionem igitur secutam esse necessarium est, vt commisso, quod in pœnam indictum est, locus aperiatur. Rationem verò diuersitatis hac parte inter Commissum & Laudimium illam adferunt, quòd cùm de Commisso tractamus agitur de pœna euitanda. Et quia condicio domini deterior non fit traditione non secuta: Quæ vnica ratio est, inquiunt, propter quam res cadere debeat

beat in commissum. At respectu laudimij non debet auferri ius domino acquisitum ex contractu quem dominus potest adprobare etiam ante traditionem ex qua adprobatione debetur domino laudimium. In eámque rem citare solent *L.in insulam 42. §. vltim. D. solut. matr. l. vltim. D. de pact.* Verba sunt Amed. à Pont. *dict. quæst.* 38. Quòd aiunt Commissum esse quid pœnale & consequenter odiosum, sanè verissimum est, vt non facilè extendenda sit pœnalis constitutio extra suos limites, sed restringi potiùs quantùm fieri potest vt cætera solent omnia quæ sunt eius generis, id est pœnalia & odiosa. Ex *reg. l. penultim. D. de pæn. & l. cùm quidam 19. De liber. & posthum.* Laudimium verò æquè certum est non in pœnam possessoris deberi, sed in præmium & remunerationem beneficij à domino directo collati, in nouo possessore ac emphyteuta suscipiendo. Ideóque fauorabiliorem esse laudimij, quàm commissi adiudicationem. Sed non possis ex eo inferre quod illi inferunt, Deberi ergo laudimium ex simplici contractu venditionis etiam traditione non secuta, Commissum non deberi. Nec enim solus laudimij fauor facere potest vt debeatur, si non etiam causa concurrat propter quam debeatur. Causa verò non alia est quàm beneficium illud domini directi vt diximus suscipientis nouum emphyteutam in possessionem. Possessionem igitur aut adprehendi aut saltem peti necesse est, vt beneficio locus esse possit. Nam nec beneficium inuito datur vt habet regula iuris. Et quamuis Seneca quodam loco scribat, Imò verò duplex beneficium dare illum qui dat inuito, & inuitum cogit accipere, Non tamen de tali beneficio loquitur quale illud est de quo tractamus, domini directi in emphyteutam nouum, quod non fit nisi spe præmij & remunerationis laudimiorum. Quin potiùs diceret Seneca quod alio loco eleganter, Dignum esse decipi eum, qui beneficium ideò dat vt recipiat, si beneficium hoc esset ex eorum genere, quæ nullum nisi officij & gratitudinis onus adnexum habent. Importunum ergo est, & intempestiuum, vt dominus directus beneficium illud emptori offerat, antequàm sit ille ab emptore requisitus, ob hoc duntaxat vt laudimium consequatur in præmium beneficij, quod necdum dederit, nec de eo dando adhuc rogatus sit. Sed & quod admittimus laudimium esse fauorabile non ita accipiendum est quasi sit adeò fauorabile, vt procliues esse debeamus ad inducendam laudimij obligationem: Sed sic potiùs, vt non sit tam odiosum, quàm est commissum. Cæterùm negari non potest quin odiosum sit, quia onus est, & proniores semper esse debemus ad liberandum quàm ad obligandum *vulg. l. Arrianus 41. D. de obligation. & action.* Quod verò addunt interpretes vt rationem diuersitatis quam adferunt magis illustrent, quòd condicio domini deterior non fiat traditione non secuta, verum quidem est, itémque quòd ex eo inferunt, Non posse in commissum cadere rem quæ vendita tantùm sit & non tradita. Sed tam efficax ea ratio est, vt probet laudimium non deberi, quàm vt ostendat, Commisso locum non esse. Cur enim debeatur domino, cuius nihil interfit? Interest sanè cùm in nouum emphyteutam, & possessorem suscipit alium quàm eum, cui emphyteusim concesserat. Ita enim fit vt inuitus quòdammodo rem suam in alium transferri patiatur, Nō quidem inuitus absolutè si respicias rationem iuris cōmunis ex quo habet ille ius prælationis. Sed tamen secundum quid, cùm si nolit rē retinere cogatur pati vt emphyteuta eam rem etiam inuito ipso vendat alteri. Et ob eam causam æquum est vt pro hoc incōmodo lucrū & commodum laudimiorum sentiat. Sed priusquàm emptor possessor factus sit aut fieri velit, nihil prorsus intersit domini directi

quamuis venditio iam contracta sit, quoniam idem emphyteuta & possessor manet, qui priùs: nec proinde causa vlla subest præstandi laudimij, siue ex dominij translatione causam illam æstimes cum interpretibus, siue vt nos volumus, ex mutatione possessionis facta per speciem alienationis habilem per se ad dominium vtile transferendum. Ergo si vera illa ratio est quæ ab interpretibus affertur propter quam non secuta traditione non possit res vendita in commissum cadere, quia nihil interest domini directi. Erit pariter vera & bona propter quam debeamus concludere, nec laudimia deberi domino ante traditionem cùm nihil eius intersit. Imò si verum amamus, multò maior vrgeret ratio, vt domino cuius nihil penitus interesset commissum adiudicaretur quàm laudimium, vel ob hoc ipsum quo mouentur in contrarium interpretes, quod commissum adiudicetur in pœnã. Est enim id commune pœnis omnibus quatenus pœnæ sunt, vt locum habeant etiamsi nihil intersit actoris, siue conuentionales sint, quia licèt obligationes omnes ad hoc comparatæ sint vt vnusquisque acquirat quod sua interest. Cùm tamen pœna in stipulationem deducta est non quærimus an aut quatenus intersit stipulatoris, sed tantùm quænam sit quantitas & condicio stipulationis *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri De verb. obligat.* Siue legales, quia cùm lex pœnam aliquam constituit, non tam id agit vt alicui consulat, quàm vt factum eius puniat cui pœna irrogatur. Idque Prætor etiam in Edicto secutus est, cùm actiones pœnales proposuit in vtilitatem eorum etiam quorum nihil interesset, adeóque qui essent calumniatores, vt in *edicto, Ne quis eum qui in ius vocab. vi eximat l. si per alium* 5. *§. 1. D. ill. tit.* Et *in l. vnic. §. vlt. si quis ius dicent. non obtemp.* meram pœnam continere dicitur edictum illud quia non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur, id est ad æstimationem rei petitæ, licèt nihil actoris intersit, puta quòd sit calumniator. Plures quidem sunt actiones Prætoriæ, quæ dicuntur pœnales quia puniunt factum eius qui contra edictum fecerit. Sed non sunt istæ merè & absolutè pœnales, sed tantùm ex parte rei cùm nõ alij detur quàm cuius interest, & ex parte actoris rei non pœnæ persecutionem cõtineant *l. nouissimè* 7. *§. quod ait. l. huius* 9. *§. 1. D. quod fals. tutor. auth. l.* 2. *§. vlt. D. qui satisd. cogant. l.* 4. *§. in eum D. de damn. infect. l.* 1. *§. hac verba D. ne vis fiat ei l.* 3. *§. pen. D. de tabul. exhib. l* 3. *§. vlt. D. vti poss.* De quo plura & fusissimè scripsimus in præcedentibus, cùm tractauimus De actionibus tam ciuilibus quàm prætoriis quæ ex delicto nascuntur, heredique & in heredem aut dantur, aut nõ dantur. Quod ad propositum nostrum attinet, satis est probasse, Pœnam in libris nostris opponi passim vtilitati & ei quod interest, Ne dubitari possit quin pœnæ petitio competat etiam ei cuius nihil intersit. Non est igitur ratio accommodata quam adferunt interpretes, vt cùm de pœna commissi agitur necesse sit secutam esse traditionem quòd alioqui nihil intersit domini directi. Et in hac ipsa quæstione De commissi pœna, non deest exemplum in quo detur actio ad commissum etiam illi qui probare nullomodo possit sua interesse. Ex edicto nimirum Serenis. Ducis Emanuelis Philiberti quo constitutum est ad obuiandum fraudibus, quas emphyteutæ aduersus dominos quotidie comminiscuntur vt quisquis rem aliquam emerit aut alio titulo ad transferendum dominium habili acquisiuerit, inscribere intra menses duos titulum acquisitionis suæ teneatur, in ea Castellania in qua situs est fundus acquisitus. Nec tantùm si fundus sit emphyteuticus, vel feudalis, sed & si sit liber ab omni canone & onere, ac vt nostri loquuntur, allodia-

allodialis. Addita etiam pœna commissi aduersus acquisitorem si cōtrà fecerit. Et quidem in fauorem & commodum domini directi si fundus sit feudalis vel emphyteuticarius quia eo casu solius eius interest qui dominus directus inuenitur, si verò fundus sit allodialis, in vtilitatem & cōmodum illius qui iurisdictionem habet in eo territorio vbi fundus est, Ne scilicet qui contra edictum fecerit causari possit, habuisse se fundum pro allodiali. Et tamē quid obsecro eius interest qui dominus tantùm est iurisdictionis, quòd non sit inscriptus titulus acquisitionis? Illa namque inscribendi necessitas non aliam causam habet, quàm vt sciat dominus directus an & quando & cui & quo precio fundus feudalis vel emphyteuticarius venditus sit vt ex eo possit dignoscere an ius aliquod nactus sit aut commissi aut laudimij petendi, ab eo, quem videt nouum possessorem factum. Idque ita constitui iustissimum sanè ac æquissimū fuit, postquàm bonis feudalib. & emphyteuticariis iam redactis ad instar patrimoniorum desierat in vsu esse ius commune vt emphyteuta ante venditionē consensum domini per denūciationem ei faciendam exquirere cogeretur, Vt de iure suo certior fieri dominus directus posset. Verùm quid hoc ad dominum solius iurisdictionis, qui nullum ius feudi vel directi dominij habeat in fundo vēdito? Quid videri potest ipsius interesse, vtrum facta sit contractus inscriptio, necne? Nihil penitus. Nec tamen eo minùs commissi pœnā petere potest si fortè res allodialis vendita sit, nec emptor edicto satisfecerit. Quoniam ita lex scripta est, & idcirco seruanda quantūuis dura, vt *in l. prospexit 12. D. qui & à quib. manum.* Quāquam nec valde dura si duritiam & contumaciam æstimes eius qui fraudem directo domino facere velit, & qui fraudis suæ prætextum illum semper obtēderet, quòd fundum allodialē credidisset, nisi prætextū hūc rigor edicti sustulisset. Nihil ergo cōmune habet pœna cōmissi cū eo quod interest, nec proinde bona ratio illa est interpretū vt ex vēditione quam traditio nulla subsecuta est idcirco difficiliùs cōmissum peti possit quàm laudimiū, quòd nihil intersit domini. Iam verò quod ex Friderici constitutione adferunt *in d. §. callidis*, nihil minùs quàm pro iis facit. Nam si fateri coguntur, quod verissimum est, in specie dictæ cōstitutionis ideò non fieri, Commisso locum ex simplici vēditione, quod eius legis verba non tantùm exigant vt feudi venditio facta sit, sed etiam vt feudum in quem alium translatū sit, quæ translatio non fit sine traditione. Quidni etiam de laudimio idem admittunt cùm iisdem propemodū verbis lex Iustiniani cōcepta sit. An non enim de transferendo iure emphyteutæ Iustinianus loquitur sæpius *in d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* Primùm cùm ait, *non licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas vendere, vel ius emphyteuticum transferre.* Quæ verba licèt disiunctiuè apposita esse videantur, Nemo tamen non videt sic accipienda esse vt de ea venditione Iustinianus intelligat quæ iuris emphyteutici contineat translationem, Aut de ea iuris emphyteutici translatione quę fiat alio titulo, quàm venditionis. Nam & interpretum brocardicum illud est, Propositionis alternatiuæ partem vnam esse interpretandam ex altera, Per *l. 1. D. de condic. instit.* Quod igitur de venditione lex ait non de alia debet accipi quàm quæ ius emphyteutæ in alium transferat, & consequenter quam traditio aliqua, aut saltem alia possessionis acquisitio sequatur. Nam & sequitur in eadem lege *vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticam canonem transponere emphyteuta maluerit.* Quid enim aliud est *transponere* quàm *transferre*, vt & paullò ante finem legis *licere emphyteutæ etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius vel emphyteumata transferre.*

Quomodo autē sola conuentione trāsferri ius emphyteuticū potest? At omniū apertissima sunt verba illa *sed nouum emphyteutam in possessionem suscipere*, quæ ostendunt nō tā propter contractū ab emphyteuta initū deberi laudimia, quàm propter factū ipsius domini ob id quòd nouum emphyteutā in possessorē admiserit. Atq; vt intelligas non esse probabilē explicationem quam adiiciunt interpretes, *aut nisi per dominū non steterit quominùs nouum emphyteutā admitteret* exigit eadē lex factum personale domini, & vt nouum emphyteutam suscipiat, non per conductorē vel per procuratorē, sed per se vel per literas suas vel deniq; si hoc non potuerit, aut noluerit per depositionē suam præsentibus tabulariis vel apud magistrū censuum in alma ciuitate vel in prouinciis apud Præsides prouinciarum celebrandam. Quo nō facto, lex nulla domino laudimia vult deberi: Cùm tamen negari non possit quin multò minùs stet per dominū quominùs nouum emphyteutam suscipiat, cùm ab eo requisitus vult per cōductorem aut procuratorem suum aut apud alium magistratum quàm magistrū censuum vel præsidem prouinciæ aut deniq; coram testibus aliis quàm tabulariis, illum suscipere. Quàm cùm facta duntaxat per emphyteutā venditio est, nec vlla possessio adhuc per nouum emphyteutā vel adprehēsa vel petita. Nihil igitur prodesse directo domino potest quod per eum non stet si nihil fecerit, adeóq; nec fecisse iuuat si non ritè ac sollenniter fecerit seruata ad vnguē forma Iustinianeæ constitutionis. Planè si non requisito consensu domini directi nouus emphyteuta possessionem acceperit, quomodo accipere hodie potest citra pœnam commissi, fateor sufficere domino ad laudimium consequendū vt per eum non stet, quominùs noui emphyteutæ possessionē laudet, & adprobet, nec illud etiā exigi vt à nouo emphyteuta fuerit requisitus: quia licèt feuda & bona omnia emphyteutica redacta sint ad instar patrimoniorum, Id tamen non eum sensum habet, quasi nulla domini directi ratio habendā sit, sed vt sit ille habendus pro requisito, adeóq; pro consentiente missioni in possessionem, aut adprehensioni possessionis, quam nec si velit, impedire hodie possit. Atquin si requisitus fuisset & consensisset, non posset dubitari quin laudimium ei deberetur. Ergo & debebitur nullo etiā vero consensu interueniente si modò non stet per eum. Sed si nulla possessio accepta sit, quamuis emphyteuta ad perfectū venditionis actum deuenerit, non sufficiet tamen ad inducendam laudimij obligationē vt non stet per dominū directum quominùs emphyteuta nouus possessionē accipiat, si non saltem illud etiā concurrat, vt nouus emphyteuta denunciauerit domino, & cōsensum eius requisierit ad possessionem occupandam: Quod quamuis rarò fiat, cùm tamen fit, non est permittendum emptori vt ab interpellatione & denunciatione illa resiliat, ad fraudandum dominū per quem non stet quominùs cōsensum suū accōmodet sollēniter & ex scripto. Iam enim desiit esse res integra domino interpellato nec contradicente, sed quandiu tacet emptor nec possessionē & inuestiturā aut petit, aut adprehēdit, dico nō esse permittendū domino vt consensum vltrò suū offerat inducēdi laudimij causa, cùm nihil sit ex quo appareat aut requisitū eum fuisse, aut habendū pro requisito, siue Iustiniani legē, siue ius quo vtimur incipiamus. Quòd si constitutione Iustiniani hodie vteremur, esset multò probabilius dicere, Ex sola & simplici venditione commissum deberi laudimium, Quia laudimio præstādo locū facit sola domini adprobatio, quæ supponit præcedentē aut vēditoris, aut emptoris interpellationē. At commissi petitionē inducit sola venditoris culpa qui negligens fuit in duplici illo consensu domini exigendo, Vno qui vēditionē præcedere debuerit, Altero qui posses-

possessionis adprehensioné. Cúmq; alterutrum neglectum esse sufficiat ne incidat venditor in pœnam quam præscripsit Iustinianus vltimis illis verbis legis *fin autem aliter fuerit versatus, quàm nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat.* Nō poterit nō esse Cōmisso locus si probetur vēditor non exquisito domini consensu ad venditionē prosiliisse quāuis steterit in finibus conuentionis, nec transierit ad trāslationem vllā siue dominij, siue possessionis. Verum igitur est quod volumus, Esse facilius vt commissum peti possit quàm vt laudimium debeatur, Inspecta scilicet lege Iustiniani. Nam eo iure quo vtimur, contrà obtinet, Quandoquidem vix vnquam adiudicatur commissum & culpa vlla nisi dolus etiam & fraudis consilium interuenisse probetur. Quo tamen casu illud etiam interuenire oportet, vt laudimij solutionem nouus emphyteuta recuset, quæ quoties offertur etiam post litem super commisso contestatam, numquam Senatus noster commissi pœnam irrogat. Sed laudimij potiùs duplicis præstationem, dum ne oblatio laudimij in tempus vsque rei iudicandę differatur. Qua in sola specie vidi aliquādo cōmissum à Senatu nostro ex tēpore adiudicari. Sępius aūt ad laudimij solutionē cōdemnari possessorē qui de cōmisso vrgebatur.

ERROR SEXTVS.

De laudimiis petitis ex simplici venditione à qua contrahentes re integra recesserint.

HIc alius casus est à nobis allatus in præcedentibus in quo euidentiùs apparet, quàm iniquum sit quod volunt interpretes, Ex simplici contractu vēditionis laudimia deberi nulla etiam traditione secuta. Nam si vera esset ea propositio, sequeretur vt post contractam vtiliter venditionem non liceret contrahentibus ab ea recedere nuda conuentione, quin laudimij præstādi obligatio quæ directo domino quæsita semel fuisset, in ipsius commodum & vtilitatem salua remaneret. Bonā enim esse cōsecutionem probat illa ipsa iuris regula, quam interpretes adferunt, pro tuenda sua sententia, quod ius domino quæsitum aufferri ei sine facto eius non possit *vulg. l. id quod nostrum* ti. *De reg. iur.* Itémque leges omnes quarum authoritate in hāc partem moueri solent. Inter quas est *l. vlt D. de pact.* vbi Furius Anthianus scribit si reus postquàm pactus est à se non peti pecuniam, ideóque cœpit pactum fideiussori quoque prodesse, pactus sit vt à se peti liceat, semel acquisitam fideiussori exceptionem pacti vlterius ei inuito extorqueri non posse. Itémque *l. in insulam* 42. *§. vltim. D. solut. matrim.* vbi Papinianus ait, Si post diuortium vxor ad virum reuersa sit, iudicium acceptum ex stipulatione quam extraneus interposuerit qui dotem dederat, non dissolui, nec officio iudicis absolutionem contineri. Nēpe quia ius repetendæ dotis extraneo quæsitum per diuortium, ob secutam posteà redintegrationem matrimonij aufferri ei non debet. Nec desunt sexcenta alia huius generis exempla quibus simile quid probari possit. Sed frustra pluribus immoremur in probando eo, in quo nobiscum interpretes consentiunt. Atqui perabsurdum est dicere, Laudimium deberi ex simplici venditione à qua contrahentes vltrò & rebus omnibus integris recedere maluerint. Ergo & absurdū illud est ex quo hoc sequitur, vt dicamus, Ex simplici venditione qualibet ante secutam traditionem laudimia deberi. Tota vis huius ratiocinationis in minore propositione probanda consistit. Nam quod nos perabsurdū dicimus, Inter-

pretes contrà iustum & æquum esse defendunt. Videamus autem quibus illi rationibus aut textibus opinionem suam cõfirment. Nam si nulla ratione nullóq; textu assequi id possint, minùs necesse habebimus nostrã probare, aut erit saltẽ id nobis facilius. Rationẽ non aliam adferunt, quàm quæ iam satis superq; à nobis confutata est, quòd venditio consensu solo perficiatur, nec rei traditionem exigat *§. cùm autem Inst. de empt. & vend.* Quod sanè ad rem omnino non pertinet. Ostendimus.n. non tam ex contractu nasci obligationẽ præstandi laudimij, quàm ex possessionis adprehẽsione quæ contractum subsecuta sit. Non est igitur bona illa collectio, Contractus vẽditionis consensu solo perficitur. Ergo ex die cõsensus præstiti laudimiũ domino debetur. Probandũ.n. esset quod enthymema supponit, Deberi laudimiũ propter contractũ potiùs quàm propter iuris translationẽ quæ ex cõtractu fiat, quod sicuti falsum est, ita nullo iuris loco probari vnquam poterit. Est.n. laudimium vectigal velut quoddam non venditionis sed traditionis factæ, vt suprà loquebamur ex *l. si pater tuus* 8. *C. de act. empt.* Sunt etiã qui addant, Teneri venditorẽ præcisè ad rem tradendam, vt inferant nihil ergo interesse an traditio secuta sit necne, Quasi pro facto contra te habendũ sit, quicquid vt facias cogi possis: Sed hoc quoq; nos suprà refutauimus, & probauimus. Imò verò non posse cogi venditorẽ præcisè ad tradendũ, adeóque nec conueniri aut condẽnari, sed officio iudicis cõtineri vt eum absoluat si paratus sit præstare quanti interest emptoris ex *l. 1. D. de act. empt. l. si traditio 4. l. cùm venditorẽ* 10. *C. eo.* Hæc.n. natura est actionis ex empto, inquit Iauolenus *in l. si in venditione* 60. *D. de euict.* Quamquã etsi admitteremus posse cogi venditorem præcisè ad tradendum, parum id esset, si non etiam illud à nobis extorquere quis vellet vt admitteremus cogi posse emptorẽ quoq; vt venditorẽ cogat præcisè ad tradendum. Quis verò emptorem coget ita agere si putet cõmodius sibi esse vt quanti sua interest cõsequatur. Proinde si vẽditor & emptor cõsentiant vt pro re vẽdita quæ tradi præcisè deberet, id quod emptoris interest, præstetur, quis negauerit morem eis gerendum esse, vt Paulus loquitur *in l. quòd si possessor* 71. *D. de rei vindic.* Quid porrò in hac specie interest domini, vt laudimium consequi debeat ex ea venditione ex qua nec secuta traditio sit, nec sequi eam contrahentes voluerint. Excipere itaq; debuerunt interpretes, saltem casum illum quo nolit emptor cogere venditorem præcisè ad traditionem, sed malit agere in id quod interest. Verùm non hic casus est de quo nunc tractamus, quia cùm venditor & emptor in eo consentiunt vt pro re vendita id quod interest præstetur, non ideò discedunt à contractu, sed vim potiùs & naturã contractus exequuntur. Nos eum casum tractamus, quo contrahentes rebus omnibus integris à perfecto contractu emptionis & venditionis recedant. Pro quo casu solent interpretes adferre textum *c. 1. quid iur. si post alien. feud. vasall. id recuper. in vsib. feudor. lib. 2. tit.* 44. vbi scriptum est, si vasallus hodie feudum illicitè alienauerit, licèt posteà illud recuperauerit, penes eum tamen non remanere, Vtpote domino, ad quemcunque peruenerit, apertum. Sed nemo non statim videt ad rem nostram hoc non pertinere. Est enim locus ille de feudo nõ solùm vẽdito sed etiam tradito, vt ex eo apparet quod ponit esse posteà recuperatum. Nec enim recuperari posset, quod translatum numquam fuisset, quódq; à bonis vasalli prioris numquam abscessisset. Nos quærimus de venditione simplici, per quam nihil translatum fuerit ob non secutã traditionem. Deinde si textus ille ad propositum nostrum faceret, illud tamen probari ex eo tantùm posset. Ex simplici ergo venditione rei emphyteuticæ si qua illicitè ac contra Iustiniani legẽ facta esset,

esset,id est irrequisito domino, aut eo quidem requisito & inuito,sed in minùs idoneam ac prohibitā personam [hæc.n.supradicta Iustiniani cōstitutione nominatim excipitur,]locum fore cōmisso,& caducitati. Quod.n.est in feudis Apertura feudi de qua *in d.tit.*id in emphyteusi est caducitas,& commissum. Sed quid inde ad quæstionem nostram de laudimio,an debeatur?Inferre potiùs debeas, Verum esse quod proximo capite probauimus, Esse multò facilius vt ex simplici vēditione res cadat in cōmissum,quàm vt laudimium debeatur. Ac sanè ita est,quoniam caducitati locum facit sola negligentia emphyteutæ, & culpa quæ in omittendo contracta sit,id est non factum quòd domini consensum non requisierit. At laudimio præstando locum facit factum domini directi in laudando & adprobando nouo possessore in quem vetus emphyteuta ius suum transtulerit. Iam verò nos eas rationes quæ pro sententia nostra faciant adferamus: Legibus enim agi non potest in eo tractatu qui ex vnica illa Iustiniani constitutione ferè totus pendeat, nec tam ad ius scriptum pertineat, quàm ad consuetudinarium. Prima ratio quæ occurrit illa est, quòd ea sit natura contractuum omnium qui nudo consensu perficiuntur vt contrario consensu ipso iure resoluantur, id est ita vt perinde sit acsi numquam initi fuissent, neque ex prioris contractus vestigiis quicquam supersit *l.1. & 2. Cod.quand. lic. ab empt. disced.l.pront* 80.*de solut.*iunct.*l.nihil tam naturale* 35.*De reg.iur.l.iuris gentium* 7. *§.adeò autem & l.ab emptione* 58.*D.de pact.*Idque adeò verum est vt si inter emptorem & venditorem conuenerit priusquam aliquid ex alterutra parte soluetur, vt ab emptione discedatur fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberetur *l.Stichum aut Pamphilum* 95.*§.vltim. D.de solut.* Nec enim res eo minùs integra est quòd aut venditor fideiussorem de euictione dederit aut emptor de precio soluendo, vt optimè responsum illud Papiniani probat, Sed tùm demùm desinit esse res integra cùm aut traditio rei venditæ facta est ex parte venditoris, aut solutio precij vel in totum, vel pro parte ex latere emptoris. Quod cùm accidit, fatentur omnes, non aliter à priore contractu discedi posse quàm si actus quoque priori similis retroagens venditionem intercesserit,vt loquitur Gordianus *in d. l.1. C.quand. lic.ab empt.disced.* Et hoc casu sanè procedit quod volunt interpretes non posse contrahentes à contractu discedere in præiudicium domini directi si ei acquisitum est ius petendi laudimij ex adeptione possessionis.Hoc enim semper addo vt ostendā non valde referre an res desierit esse integra ex parte emptoris ob solutum ab eo precium, dummodò sit integra ex parte venditoris nulladum facta per eum traditione ac iurium suorum translatione,vt dicemus latiùs capite sequenti. Cæterùm si à contractu recessum est rebus omnibus integris, omnes consentiunt contractū ipso iure resolui,quod ipsum nihil aliud est quàm haberi eum pro nō facto:Imò verò venditionem infectam fieri,vt loquitur Pomp.*in l.2. De rescind.vendit.*Quid ergo fieri potest vt ex eiusmodi cōtractu resoluto & infecto laudimia debeantur?Potestas scilicet resolutionis tollit vim & intellectum prioris cōuentionis, quēadmodum de potestate euictionis scribit Papinianus *in l. si patroni* 55. *§. vlt. D.ad SC.Treb.*tollere illam intellectum restitutionis,Implicátq; contradictionē vt nullus & infectus contractus sit,id est numquam factus,nedum habendus pro numquā facto,Et vt ex eo laudimia debeantur. Neq; est quod cū interpretibus respondeas, Haberi quidē pro non facto cōtractū, quantū ad eos pertinet qui contraxerunt:at non quantū ad ius domini directi qui ex ea resolutione læderetur. Sic enim illi post Paul.Castr,ad *d.l.1.nu.*8. C.*quand.lic.ab empt.disced.*

Nam hæc responsio præsupponit quod iā toties negaui, acquiri domino ius petendi laudimij ex simplici contractu. Hoc verò probandum esset, nec tamē vnquam probabitur. Et abutuntur valde interpretes supradicta Pauli Castrēsis traditione cùm eā in partes suas trahunt. Nō enim de laudimio Castrensis eo loco tractat, sed de gabella, vt vocat, quæ sit debita ex Statuto, quod ille ponit ita cōceptum esse, vt ex quolibet contractu gabella soluatur. Et ait ex simplici cōtractu gabellam istam deberi licèt contraria voluntate contrahentium & rebus omnibus integris resoluta venditio proponatur. Et rectè quia nō potest ea resolutio tollere ius quod fisco quæsitum fuit ex die initæ perfectæque venditionis. Sed quæro, Vbinam gentiū lex illa est quæ de laudimio idem statuat, id est quæ velit ex quocunque contractu laudimium deberi? Proferatur lex aliqua vel consuetudo quæ hoc ius induxerit, Et statim consentiam non tam cum Paulo Castrensi cuius sentētiam hac in re probo, quàm cum interpretibus cæteris omnibus Statutum de quo Castrensis loquitur de gabella ex quocunq; contractu soluenda fisco, nullum fisci factum requirit, sed eorum duntaxat qui contraxerunt, & vt contractus aliquis quandoque interuenerit. At constitutio Iustiniani *in d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* non aliter laudimium deberi vult, quàm si factum aliquod domini directi concurrat in adprobando & suscipiendo nouo possessore, nec solo contrahentium facto contenta est vt laudimium debeatur quàuis solo eorundem non facto contenta sit vt commisso locus aperiatur. Idque & ipsa laudimij dictio & etymologia demonstrat. Nam cùm à laudando dictum sit id est ab adprobando, & ea adprobatio non à contrahentibus fieri debeat sed à domino directo & quidem vel requisito, vel habendo saltem pro requisito, vt ostendimus in præcedentibus, consequens omnino est vt quoties nullus contractus est qui laudari possit, nulla quoque laudimia debeantur. Porrò nullus cōtractus est, nullus possessor nouus, quē laudare & adprobare possit dominus directus, cùm is contractus qui aliquando fuit, inuenitur iam resolutus & ad non contractū reductus. Nullū ergo ius domino quæsitum adhuc videri potest petendi laudimij, at ne materia quidem vlla, cui formam iuris superaddere possis. Prius enim est non solùm vt contractus aliquis sit qui hodie nullus est, sed etiā vt possessor nouus aliquis se offerat quem dominus laudare & adprobare possit, quàm de laudimio quæri vtrū debeatur necne, & disputari oporteat. Nisi fortè tā stultus quis sit vt putet, Posse dominum & debere adprobare cōtractum qui aliquādo fuerit licèt hodie non sit, quod certè ridiculū est. Adprobari.n. debet cōtractus qui est adprobationis tempore, nō qui fuit & esse desiit ante adprobationē. In eoq; casus hic de quo tractamus lōgè minorē dubitationē habet quàm is de quo superiore capite dicebamus. Nam cùm simplex venditio facta est licèt ad traditionis aut adprehensæ possessionis actum processum nō fuerit, quādiu tamen venditio subsistit, nescio quis color æquitatis pro domino facere videtur vt ex ea venditione possit laudimia petere, quòd per eū nō stet quominus cōtractū qui adhuc subsistit laudet & adprobet sed per contrahentes solos qui eā adprobationē petere possent si vellēt. At cùm vēditio resoluta inuenitur eo tempore quo de laudimiis quæritur, cùm adprobationis materia ipsa deficiat, frustra est quærere an stet per dominū necne vt cōtractus vel possessor nouus qui nullus est adprobetur, cùm per ipsam rerū naturā stet ne id fieri possit, nec si cōtrahentes velint vt *in l. fluminum 24. in princ. vers. quis enim dubitat D. de damn. infect.* Nisi rursū hoc ipsum eis imputare volumus cur nō iterū contrahant, & nouā ineant vēditionē eamq; impleant secuta traditione ex vna parte & numeratione precij ex altera: denique

denique omnia illa faciant quæ laudimij præstandi obligationē & necessitatem inducere queant: Quod tamē sanę mētis nemo vtique dixerit. Nemo.n. sibi prodesse prohibetur, dum ne alij noceat, nec quisquam eo nomine alij teneri pōt *l. 1. §. iidem aiunt D. de aqua & aqua plun. arcend.* Nocere autē intelligitur nō qui occasionē lucri aufert, sed qui damnum adfert *d. l. 1. §. sicut autem in fin. & l. 2. §. item Varus eod. tit.* Porrò neque damnum neque iniuriam infert is qui iure suo & cōmuni vtitur *l. si duorum 42. D. de action. empt.* Id enim est quod dici solet executionē iuris non habere iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. D. de iniur.* Cur ergo prohibeantur contrahentes si eos venditionis factæ pœniteat à venditione omnib᷒ integris rebus discedere? Aut quis æquū putet inuitos eos retineri in obligatione, ob hoc solùm ne domino directo speratum laudimij lucrum eripiatur? Sed & cùm laudimiū sit quinquagesima pars precij ex *l. vlt. C. de iur. emphyt.* aut pro varia locorū consuetudine alia atque alia pars quota precij, quis possit dicere quale quantū̃que laudimium debeatur, si precium nullum sit? Atqui preciū nullū est cum nulla est venditio, cuius scilicet substantia ex precio consistit *l. pacta cōuenta 72. D. de contr. empt.* Et quemadmodum sine precio nulla venditio est, Ita nec precium esse potest sine venditione. Fuisse aūt aliquando precium aliquod nihil est si non sit eo tempore quo de laudimio disputatur. Argumēto est quod iidem interpretes fatentur, Si venditio facta sit certo precio, & subinde rebus omnibus integris conueniat inter eosdem contrahentes de alio siue maiore siue minore precio, non duas esse venditiones sed vnicam. Transfusa scilicet ac trāsformata priore venditione in posteriorem ideóque non nisi vnicum laudimium deberi, Sed cuius quantitas æstimanda sit non ex priore sed ex posteriore precij conuentione, Vt concludit Amed. à Pont. *d. quæst. 38.* post Bart. & Alex. *ad l. iuris gentium 7. §. adeò autem D. de pact. & ad d. l. pacta conuenta* Quod igitur aucto posteà vel diminuto precio admittunt interpretes vt eius precij quod aliquando fuit ratio nō habeatur, nec magis quod ad dominum directum attinet quàm quod ad cōtrahentes, sed eius tantùm quod nunc sit, quidni etiam idem admittamus cùm à toto precio contrahentes mutuo consensu recesserunt, discedētes à tota vēditione? Similis enim licet aliter cōcepta ratiocinatio est apud Vlp. *in d. §. adeò autem vers. si igitur in totum potest, cur nō & pars eius pactione mutari poßit?* & paullò pòst *nam si potest tota res tolli, cur non & reformari?* Nā & vulgare nostrorū dictū est, Valere argumētū à toto ad partē, & à parte ad totū *l. quæ de tota 76. D. de rei vindic. l. si ex toto 8. in princ. de leg. 1. l. 1. §. 1. D. si pars hered. pet.* Igitur sicuti prioris venditionis ratio nulla habetur ne quidē in vtilitatē domini directi, si prior transfusa sit in posteriorē quamuis imminuto precio, Cur maior habebitur si ab emptione in totum recedere cōtrahentes voluerint. Nā si bona & vera esset ratio illa perpetua interpretū quòd nō sit permittendū cōtrahentibus pœnitere post cōtractū ex quo dominus laudimiū & emolumentū cōsecuturus erat per adprobationē, Cur ergo eis permittimus vt post cōuentionē factam de maiore precio cōueniāt de minore, cùm perinde hoc casu fiat vt minus emolumēti cōsequatur dominus quàm percepturus fuerat si de precio conuento nihil fuisset imminutū? Aut cur non potiùs duplex laudimiū quasi ex duplici venditione deberi dicimus? An fortè veremur ne iniuriā faciamus emptori cui potest imputari cur de precio conuenerit ac non potiùs aut in priore cōuentione perstiterit, aut à posteriore inceperit? Aut deniq; cur non distinguimus an conuētione posteriore prius precium auctum sit, an imminutum, Vt si auctū sit vnicū duntaxat laudimium debeatur ex posteriore emptione æstimandum, quia sine dispendio & incommodo directi domini hoc dici possit, si verò imminutum

fuerit, vel duplex laudimium debeatur, vel saltem prioris precij ratio habendā sit, non posterioris, Ne fuerit in potestate contrahentiū deteriorem facere condicionem domini, & quantitatem minuere laudimij quod ex simplici vēditione perfecta deberi cœpisset, minuendo precium. Si enim perfectæ venditionis intellectum retinemus quod ad dominum directum ne in laudimio præiudiciū ei fiat, Vt scilicet quamuis ea venditio pro non facta habeatur quantū ad cōtrahentes ex quo instanti mutuo eorum consensu resoluta est, remaneat tamē pro facta ratione laudimij. Cur non æquè facilè retinemus vestigium primæ conuētionis maioris precij, cùm subinde ac rebus omnibus integris de minore precio conuênit, vt quamuis ex contrahentium voluntate transfusa sit prima conuentio in secundam, nec nisi secundæ ratio habenda sit quod ad contrahentes ipsos pertinet, prima tamen remaneat quod ad dominum directum, vt tātò maius ei laudimium debeatur. Facilius siquidem est vt effectus aliquis supersit eius venditionis quæ non prorsus sublata sed in aliam transfusa sit, quàm eius quæ omnino sublata sit & extincta. Non enim penitus absumptum & extinctum videri potest quod aliquo saltem modo licèt diuerso retinetur *l. idem seruandum 72. de legat. 2. l. obligationum ferè 44. §. vlt. De oblig. & action. l. 1. de pen. legat.* Atqui fatentur interpretes nullum domino deberi laudimium ex simplici venditione quæ in aliam transfusa sit, etiamsi per posteriorem precium imminutum proponatur. Ergo fateantur necesse est nullum deberi ex venditione quæ mutuo partium consensu non in aliam transfusa sed omnino extincta sit. Et hoc fatentur vtique si resolutio vēditionis facta sit incontinenti, id est antequàm partes diuerterint ad extraneos actus, Sed non si postea & ex interuallo. Quæ tamē distinctio quia cum iuris ratione pugnat etiam à nobis confutanda est.

ERROR SEPTIMVS.

De venditionis resolutione facta rebus integris ex interuallo aut in continenti cùm de laudimio disputatur.

DISTINGVERE quidem prudētes nostri solent, An pactum quod post initam & perfectam venditionem à contrahentibus adhibitum est etiam rebus omnibus integris, adiectum sit incōtinenti an verò posteà & ex interuallo. Sed ea distinctione vtūtur maximè, cùm tractāt, Vtrum insit pactum illud contractui, & formet actioné necne, & an ex parte rei tantùm, an verò etiā ex parte actoris, id est an ad producendam duntaxat exceptionem, an ad dādam quoque actionem. Quæ quæstio eleganter tractatur ab Vlpiano *in l. iuris gentiū 7. §. quinimò D. de pact.* Sed generaliùs de omnibus bonæ fidei iudiciis. Ait enim primùm, nudam pactionem interdum formare ipsam actionem vt in iudiciis bonæ fidei. Solemus enim dicere, inquit, pacta conuenta inesse bonæ fidei iudiciis: Sed hoc deinde monet sic accipiendum esse, vt siquidem ex continenti pacta subsecuta sint, etiam ex parte actoris insint, Ex interuallo autē non insint, nec valeant ad agendum, ne ex pacto actio nascatur. Exemplū adfert circa actionem de dote quæ fuit semper bonæ fidei *§. fuerat Inst. de action.* si nō constitutæ dotis tempore, sed post diuortium atque ita ex interuallo conuenerit, ne tēpore dilationis statuto id est annua bima trima die dos reddatur sed vel longiore vel

breuio-

breuiore, Itémque circa actionem tutelæ, si post finitam tutelam conuenerit vt maiores quàm quæ statutæ sunt vsuræ præstentur. Non valebunt, inquit, hæc pacta scilicet ad agendum, Ne ex pacto nascatur actio. In quo est obseruandum, quod nos in nostris ad eum locum Rationalibus non satis apertè exposuimus, Consensisse quidem omnes prudentes in eo vt pacta ex interuallo apposita nũquam prosint ad agendum sed tantùm ad excipiendum siue bonę fidei cõtractus fuerit siue stricti iuris, sed quod ad pacta pertinet quæ incõtinenti facta sint dissensisse Paulum ab Vlpiano fortassis etiam à Papiniano. Nám *in l. lecta* 40. *D. de reb. cred.* vbi tractat de pacto incontinenti apposito post stipulationem. Scribit ille disertis verbis, Tale pactum inesse stipulationi, nec tãtùm ad excipiendum vt putabat Vlpianus quem ille proculdubio intelligit & perstringit illis verbis *quidam putabant*, vt apertiùs significant quæ sequuntur *si vt ille putabat ad exceptionem tantùm prodesset pactum.* Constat enim fuisse Vlpianum & Paulum præcipuos Papiniani Adsessores in ipsius auditorio, & plerunque faciles ad dissentiendum inter se. Vlpianus verò cùm ait Pacta incontinenti facta inesse bonæ fidei iudiciis etiam ex parte actoris & ad agẽdum, quid aliud sibi vult, quàm in stricti iuris contractibus & consequenter etiam in stipulatione aliud obseruari: quasi horum cõtractuum natura quæ strictior est, huiusmodi extensionem minimè patiatur. Qua potissimùm ratione credibile est Vlpianum in specie *d. l. lecta* aduersus Paulum constitisse, cuius tamen sententiam in celeberrimo illo Æmilij Papiniani auditorio eãdem obtinuisse testatur ipse, cùm ait *quamuis diuersa sententia obtinuerit.* A Papiniano autem videtur idem Paulus dissensisse nõ in illa quidem quæstione, sed in alia quam Papinianus tractat *in l. pacta conuenta* 72. *D. de contr. empt.* Circa pactũ, per quod post perfectam venditionem & ex interuallo auctum sit, vel diminutum precium emptionis. Est enim tota lex illa de pactis posteà factis, id est, ex interuallo, & ait Papinianus non immeritò quæsitum fuisse & dubitatum à prudentibus, An eiusmodi pactum non valeat ad agẽdum, quomodo iam dixerat non valere pacta cætera quæ ex postfacto adiiciũt aliquid vel detrahunt circa adminicula venditionis. Nec tamen aperit Papinianus quid in hac quæstione sentiat, sed tantùm rationem quasi dubitandi adfert illã quòd substantia emptionis consistat ex precio. Vnde captata occasione nõtandi Papiniani, quasi eam rationem Papinianus pro dubitãdi potiùs quàm decidendi ratione habuisset, statim subiungit *si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo precio rursum conuenit, recessum à priore contractu & noua emptio intercessisse videtur.* Cuius tamen sententiæ cùm nõ alia melior ratio adferri possit quàm quæ à Papiniano ipso allata & probata est ꝙ emptionis substantia consistat ex precio, Vt proinde mutata substantia contractum quoque ipsum immutatum esse necesse sit, non debuerat certè Paulus notare Papinianũ quasi aut contrà sensisset aut idipsum quidem sed non satis apertè nisi studium nimium contradicendi præcipitem eum egisset. Debuerat potiùs sic Papinianũ interpretari vt idipsum sensisset quod sentiendum erat, & quidem satis apertè cùm etiam rationem propter quam ita sentiendum sit attulisset. Quomodo eãdem Papiniani sentẽtiam & magis ex bona fide interpretatus videtur Vlpianus *in d. §. quinimò in versic.* *Idem responsum Seio à Papiniano, si post emptionem ex interuallo aliquid extra naturam contractus conueniat, ob hanc causam agi ex empto nõ posse.* Cur enim addidisset *extra naturam contractus*, nisi vt significaret in pactis quæ ad naturam & substantiam contractus pertinent, aliud existimasse Papinianum, vt scilicet valeant ea pacta etiam ad agendum, non quidem ex priore

contractu sed ex posteriore quasi alia & noua emptione facta. Quod à nobis in Rationalibus satis diffusè nec infeliciter explicatum est. Nunc, quod ad institutum nostrum pertinet, admonendum superest supradictam distinctionē De pactis post bonæ fidei contractum interpositis an incontinenti an ex interuallo, numquam à prudentibus probatam fuisse, quoties tractarunt de pactis adhibitis circa substantialia contractuum bonæ fidei, quale illud est per quod augetur vel diminuitur precium emptionis, Sed illam tātùm, Vtrum rebus omnibus integris ea precij immutatio & siue auctio siue imminutio facta sit, an verò postquàm res integra esse desiit ex alterutra parte. Papinianus enim vt iá diximus *in d. l. pacta conuenta* non tractat nisi de pactis posteà, id est ex interuallo post emptionē appositis siue ad emptionis adminicula pertineant, siue ad ipsius substantiam. Quæ.n. fiant incontinenti cùm insint contractui licèt ordine temporis & naturæ post contractū fiant in ipso tamen contractu, & simul nō posteà fieri intelliguntur: Cùm in coniunctis ordo nullus sit, i. nihil prius, nihil posterius, licèt priore loco vnum dicatur aut scribatur, posteriore alterū *l. quidam 14. D. de pecul. legat.* Sic verò Papinian. loquitur initio *d. l. pacta conuenta, pacta conuenta quæ posteà facta*, & deinde, *An idē dici possit aucto posteà vel deminuto precio.* Et quod ad Papinian. Paulus notat *si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuēdo precio rursum conuenit.* An non satis indicat eum se casum tractare quo auctū sit vel diminutum precium ex interuallo? Habent.n. verba illa euidentem tractū temporis. Quid.n. dubitandum esset an integra mansissent omnia si incontinēti post factam emptionem pactum interpositum fuisset? Et dictio illa *rursum* eam interpretationem recipere sanè non potest vt de pacto incontinenti facto Paulus senserit. Non.n. rursum fit quod incontinenti fit cùm simul & semel fieri videatur. Sicq; Papinianum interpretatus est Vlpianus *in d. §. quinimò* cùm ipsius sententiam sic refert quasi scripsisset ille, si post emptionē ex interuallo aliquid extra naturam contractus conueniat, agi ob hanc causam ex empto nō posse. Et tamen nō dixerat Papinianus *Pacta conuenta quæ ex interuallo facta*, sed vt retulimus, *quæ post, à facta* quomodo item Vlpianus in sequentibus cùm sentit pacta omnia quæ etiam ex interuallo fiunt, inesse ex parte rei & prodesse ad excipiēdū, ita scribit *quia solent & ea pacta quæ posteà interponūtur parere exceptiones.* Et *in §. adeò seq. Adeò autem bonæ fidei iudiciis & pactiones* [sic enim legendum esse docuimus non vt vulgo ineptissimè *exceptiones* aut vt Cuiacius *depectiones*] *posteà factæ quæ ex eodem sunt contractu insunt.* Nam & hoc loco dixit Vlpianus *posteà* pro eo quod paullò antè *ex interuallo*. Et ne secum pugnare videatur cùm paullò antè scripsisset pacta ex interuallo apposita non inesse, ne quidem bonæ fidei iudiciis, addit ille *quæ ex eodem sunt contractu*, id est, quæ ad naturā & substantiam contractus pertinent, sicut è contrario scripserat in præcedentibus *aliquid extra naturam contractus.* Vt intelligamus has duas propositiones, quarum vna affirmatiua, altera negatiua est sic esse conciliandas, vt pacta quæ ex interuallo facta sunt si extra contractus naturam sint & ad eius substantiam non pertineant numquam insint, nequidem iudiciis bonæ fidei, si verò ex eodem contractu sint, hoc est contractus substantiam recipiāt, insint quamuis ex interuallo apposita sint, dūmodò rebus omnibus integris, ita vt per eiusmodi pacta possit abiri etiam à tota emptione, aut in aliam emptionem nouam prior cōtractus reformari. Nec valde dissimiliter Pomponius cuius sententiam refert & probat Vlpianus *in d. §. adeò*, licet desumptam ex alio Pomponij libro ad edictum, *in l. 2. D. de rescind. vendit. si quam rem inquit à te emi, eādem rursus à te pluris minorisve emero,*

emere, discessimus à priore emptione. *Potest enim dum res integra est conuentione nostra infecta fieri emptio atque ita consistit posterior emptio quasi nulla praecesserit.* Et Paulus noster *in l.3. eod.* Emptio, inquit, & vēditio sicut cōsensu contrahitur, ita cōtrario cōsensu resoluitur antequàm fuerit res secuta. Non igitur illud inspiciēdū est an vēditionis resolutio fiat incontinenti an ex interuallo, sed an rebus omnibus integris an verò re iā secuta. Quid aūt vetat manere rē integrā per lōgū tēpus, & toto illo medio tēpore cōtrahētes ad alia quàm plurima negotia diuertere? Hoc verò si ita est vt est, non possum ferre quod interpretes nostri volūt, vt cùm de laudimiis quaeritur distinguendū sit an venditio simplex quae nudo consensu perfecta fuerat resoluta sit incōtinenti an ex interuallo. Vt si incōtinenti nullum laudimium debeatur sin ex interuallo debeatur. Quasi venditio quae vtroq; casu pro infecta est quantum ad contrahentes ipsos, facta nihilominus maneat, quod ad dominum directum ne praeiudicium ei fiat, sed posteriore tantùm casu non etiam priore. Sic enim Amed. à Ponte ex aliorum non minùs quàm ex sua sententia *d. quaest. laudim.* 38. Nam si maiorem authoritatem apud nos habeat ratio iuris, quàm vtilitas domini, dicendum vtique est, nullo casu laudimium deberi, quoniam vtroque casu venditio perinde ipso iure & solius cōuētionis potestate resoluitur: si autem propter vtilitatem domini directi rationem iuris insuper habere volumus, quid opus est distinctione, ac non potiùs admittimus generaliter & indistinctè laudimiū deberi? Cùm vtroq; casu intersit domini ne quod ad ipsum attinet venditio sit infecta vt laudimium petere possit. Est namque hoc generale & perpetuum, vt quoties quaerimus an ex aliquo actu ius alicui quaesitū sit quod ei auferri non oporteat, satis sit vel vno instāti quaesitū ius fuisse, ne vnquam sine consensu ipsius tolli ei, & adimi queat. Ideò nimirum dicimus, Hereditatem quandocūque aditam post mortem testatoris retrofingi aditam ex instanti mortis *l. heres quandoque* 49. *D. de acquir. hered.* vt continuari possit ius heredis cum iure defuncti *l. omnis hereditas* 158 *. de reg. iur.* quae continuatio fieri non posset si vel vno minimo instanti res hereditariae aut nullius fuisse aut ad quem alium pertinuisse intelligerentur. Item legatum transire rectā viā à testatore in legatarium quoties per vindicationem datum est, nunquam factum heredis, vt ait *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *leg. à Titio* 64. *D. de furt.* quia si vel minimo instanti fieret heredis, non posset inuito herede ab eo discedere sed consensus illius omnino exquirendus esset, ac traditio per eum facienda vt dominium quod eius semel fuisset peruenire posset ad legatarium *l. si ego* 9. *§. si res D. de iur. dot.* Sic denique ne alia quàm plurima conquiramus quę in omnibus ferè iuris nostri partibus momento vnico expediuntur lex Cornelia de captiuis apud hostes defunctis coniungit instans mortis cum instanti captiuitatis, & fictio postliminij instans captiuitatis cum instanti reditus, quoniam si inter haec duo instantia tertium aliquod retineretur, tota retrofictio impediretur propter medium inhabile *l. iusto errore* 44. *§. vlt. D. de vsucap. §. si ab hostibus Inst. quib. mod. ius patr. potest. solu.* Proinde in quaestione proposita si admittas ex quo instanti perfecta nudo consensu venditio est ius quaesitum esse domino directo petendi laudimij. Illud quoque te admittere necesse est, quod nec interpretes ipsi audent dicere, Nihil ergo profuturum contrahentibus quominùs laudimiū debeatur, quod statim & incontinenti venditionem resoluant contraria voluntate: Cùm nequeat ea resolutio fieri tam statim & incontinenti vt non necesse sit aliquo instanti mansisse perfectā venditionē, quę nec alioquin resolui posset. Aut si huius absurdi euitandi gratia fatendum est nullum eo instanti perfectae

venditionis adhuc fuisse acquisitum ius petendi laudimij domino directo, aut saltem non fuisse ius illud tantæ potestatis vt non potuerint contrahentes ei derogare. Admittamus igitur, quòd iidem interpretes negant, Etiamsi ex interuallo resoluta sit prior venditio non eo magis fore vt domino directo nullum debeatur laudimium, non magis quàm si in continenti facta resolutio fuisset. Vnum illud pro sententia communi adferre quis fortasse possit quod scriptum est *in l. ab emptione* 58. *D. de pact.* Nihil interesse vtrum integris omnibus in quæ obligati erant contrahentes inter eos conuenerit vt ab eo negotio discedatur, an verò in integrum restitutis iis quæ alter alteri præstitit, consentiant ne quid alter alteri eo nomine præstare teneatur. Nec enim negari potest quin ea Neratij sententia sic accipi debeat, vt nihil intersit quantùm ad contrahentes de quibus solis eo loco tractatur, non etiam quod ad dominum directũ, cui scilicet laudimia deberi nemo dubitat eo casu quo contrahentes à venditione recesserint re iam secuta, & facta per venditorem traditione, cùm & nos fateamur ab eo saltem die quo emptor possessionem nactus sit, aut eius adprehendendæ facultatem à domino directo petierit, ius petendi laudimij quæsitum esse irreuocabiliter domino, cui posteà præiudicium à contrahentibus fieri non potuerit. Nihil ergo vetat, inquies, quominùs venditio habeatur pro infecta quãtum ad ipsos contrahentes, nec tamen pro facta haberi desinat ratione domini directi propter laudimium. Nos verò id quoque fatemur: Sed tamen largiter interesse dicimus, An à perfecta venditione discedatur rebus omnibus integris contrario eóque nudo partium consensu, An verò retrotraditis & in integrum restitutis omnibus quæ iam vicissim tradita & præstita fuissent, scilicet quod ad dominũ directũ pertinet. Priore namque casu nihil interuenit, propter quod laudimium vllum deberi possit, cùm possessio nulla translata sit in emptorem. Posteriore autem cùm traditio ex parte venditoris secuta est, iam causa subest quæ laudimij præstandi obligationem & necessitatem possit inducere, quod ius statim atque domino directo quæsitum est, vel vno instanti, certum est ei vel inuito vel ignoranti adimi numquam posse. Et hoc demùm casu procedit optimè quod interpretes adferunt ex *d. l. id quod nostrum* 11. *De regul. iur. l. vlt. D. de pact. l. in insulam* 42. *§. vlt. D. solut. matrim.* Itaque cùm dicimus, ex perfecta simplici venditione, quæ omnibus integris resoluta sit, nullum laudimium deberi, Non tam ex eo mouemur, quòd venditio ex partium consensu resoluta sit [esset enim manca, minúsque sufficiens ratio si quis in ea conquiesceret] quàm quòd ea resolutio facta sit priusquàm domini cœperit interesse. Quod vnum in tota quæstione ista, vt in cæteris ferè omnibus inspiciendum est.

ERROR OCTAVVS.

Quando integra dicantur omnia in emptione & venditione cùm tractatur de laudimio.

AT quia diximus eo demùm casu nullum deberi ex simplici venditione resoluta laudimium, quo facta resolutio sit rebus omnibus integris, alia nunc inspectio occurrit quando dicantur omnia esse integra. Quæ inspectio non tantùm necessaria est vt sciatur quibusnam casibus secundum nostram sententiam ex resoluta venditione

tione laudimium debeatur, sed etiam præsupposito errore interpretum vt sciamus quando post resolutionem venditionis vel vnicum vel duplex laudimium deberi putent. Nam cùm in ea sint hæresi vt ex simplici qualibet venditione dummodò valida laudimium deberi velint, consequens est vt duplex soluendum esse existiment quoties prioris venditionis resolutio facta est re non integra, vt multiplicatio contractuum inducat multiplicationem laudimiorum, vt concludit Amed. à Ponte *dict. quæst. laudim.* 38. post Alber. Bald. & Castr. *ad l. ab emptione* 58. *D. de pact.* Necessaria igitur quæstio est etiam apud interpretes, Quando res dicatur vel non. Etsi video in hac eâdem quæstione aliam adhiberi ab iisdem interpretibus distinctionem post Bartol. *ad d. l. ab emptione*, An verba posterioris conuentionis concepta sint per modum nouæ obligationis, vt tunc dicatur nouus cõtractus, & noua solui debeat gabella. An verò per modum resolutiuum, aut vt alij loquuntur resolutorium, vt hoc casu non dicatur nouus contractus nec debeat solui noua gabella, nec nouum laudimium siue contractus sit adimpletus pro parte tantùm, siue ex vtroque latere, quia Doctores in hoc vim non faciunt, inquit Amed. post Bald. Iacob. Ias. & alios *in dict. l. ab emptione*, qui perstant in hac distinctione. Nec malè, si admittas quod illi volunt, non deberi laudimium nisi ex contractu. Nam sicuti defendunt ex quocumque contractu deberi dummodò iusto & habili ad transferendum dominium, Ita nec patiuntur deberi nisi ex contractu aliquo præcedente, Nemo autem dixerit resolutionem contractus esse contractum cùm sit distractus *l. 5. §. is quoque D. de oblig. & action. & d. l. ab emptione in fin.* vbi opponuntur ista quasi ex diametro pugnantia. Id agi inter contrahentes vt à pristino negotio discedatur. Et id agi vt nouæ quædam obligationes inter eos contrahantur. Nos verò qui priorem propositionem falsam esse iam ostendimus, etsi posteriorem veram esse nõ negamus, quia nuda traditio numquam transfert dominium sed iustam eam esse oportet, id est habere titulum aliquem præcedentem eúmque validum & à iure adprobatum *l. numquam nuda* 31. *De acquir. rer. domin. l. 3. D. si vsusfr. pet.* Non possumus tamen admittere quod aiunt interpretes, Resolutionem contractus fieri posse citra nouum contractum quoties prior contractus effectum habuit re secuta. Repugnat enim iuris ratio, Repugnant omnes iuris loci qui hac de re tractant. Ipsa primùm ratio iuris, quia cùm nihil tam naturale sit, quàm vnumquidque dissolui eo modo quo colligatum est, vt habet regula. Non potest fieri vllius conuentionis potestate, vt resoluatur venditio quæ per traditionem rei venditæ, aut per solutionem precij suum effectum habuit, quin actum contrarium & retrosimilem sequi necesse sit, vt scriptum est *in l. 1. C. quand. lic. ab empt.* Ergo & aliquam retrouenditionem. Nam si retrotraditio tantùm fiat rei vẽditæ & restitutio precij nulla intercedente retrouẽditione, Erit illa retrotraditio vtrimque nuda, & consequenter non erit habilis nec sufficiens ad transferendũ dominium, quod neque prima traditio transtulisset si venditio nulla intercessisset. Ac proinde non erit actus retrosimilis priori, qualem esse oportet vt à priore contractu post rem secutam discedatur. Repugnat etiam Neratius *in dict. l. ab emptione in fin.* vbi ait, Illud planè conuentione quæ ad resoluendum id quod actum est pertineat perfici non posse, vt tu quod iam ego tibi præstiti cõtra præstare mihi cogaris, quia eo modo non tam hoc agitur, vt à pristino negotio discedamus, quàm vt nouæ quædam obligationes inter nos constituantur. Retrouenditio igitur hoc casu necessaria est, nec sufficit prioris contractus resolutio. Ac similiter Vlpianus ex Pomponio *in l. iuris gentium* 7. *§. adeò eod. tit.* cùm ait

in emptione cæterisq; bonæ fidei iudiciis posse abiri ab emptione in totũ.Itẽq; partem etiam contractus pactione mutari posse, vt per eiusmodi reformationẽ quasi renouatus cõtractus videatur, putà si conuenerit vt res vẽdita decẽ aureis sit vendita quinq; vel quindecim, cur bis addidit ea verba *re nondũ secuta*, nisi vt doceat, Re vtrimque secuta nihil esse quod de contractus resolutione tractari iam possit, sed necessariam esse nouam obligationem nouúmque contractum vt à priore discedatur. Sed apertiùs Pomponius *in l.2.D.de rescind.vendit.* postquàm dixit, Si rem quam à te emi eandem rursus à te pluris minorísve emero discessisse nos à priore emptione. Posse enim dum res integra est conuentione nostra infectam fieri emptionem, atque ita consistere posteriorem emptionem quasi nulla præcesserit. Subiungit *sed non poterimus eâdem ratione vti post pretium solutum emptione repetita, cùm post precium solutum infectam emptionem facere non possumus.* Qũid enim aliud est non posse infectam fieri venditionem, quàm quod dicimus & contendimus, Non posse resolui? Quoties autem contractus sola conuentionis potestate resolui non potest, necessaria est noua conuentio nouúsque contractus per quem cogantur contrahentes omnia in integrum restituere. Nec aliud est quod *in dict. l.1.* Gordianus rescribit, Post traditionem interpositam, nudam voluntatem non resoluere emptionem si non actus quoque priori similis retroagens venditionem intercesserit. Vbi malè Castrensis nudam voluntatem interpretatur eam in qua stipulatio non interuenerit. Finge enim quantùm voles interuenisse stipulationem in posteriore conuentione per quam id actum sit vt ab emptione perfecta post traditionem secutam solutúmque precium recedatur. Numquam assequeris vt ob eam causam resoluta emptio dici possit, non magis quàm si stipulatio nulla interuenisset, Cùm alia stipulationis potestas esse non possit nisi vt pariat actionem quam nuda pactio parere non posset. Aliud enim est parere actionem, aliud verò emptionem contractam resoluere. Et stipulatio potest quidem efficere vt cogendus sit promissor contractum resoluere per contrariam conuentionem, id est per retrouenditionem, sed non vt citra retrouenditionem prior venditio resoluatur. Neque verò in id comparatę sunt stipulationes vt contractum qui nudo consensu perficitur possint aut perficere aut resoluere, sed vt verborum obligationem vel nouam inducant vel inductam dissoluant *l. prout* 80. *D. de solut. vulg.l.nihil tam naturale* 35. *De regul. iur.* At nec illud verum est vt interposita stipulatione possit absolutè ac præcisè cogi alteruter contrahentium vt venditionem resolui patiatur. Nam ex ea stipulatione qua idipsum alter alteri promiserit, certum est non posse condemnationem fieri, litémve æstimari nisi in id quod interest *l.cùm stipulatus* 113.*§.vltim. De verbor.oblig.* Nempe quia resolutio contractus sicut & contractus ipse facti magis quàm iuris est post rem secutam cùm opus sit retrotraditione, vt omnes fatentur quæ ipsa facti est *l.consilio* 7.*§.vltim. D.de curat.furios.* Nemo autem siue ex bonæ fidei, siue ex stricti iuris contractu ad factum præcisè condemnari vnquam potest, sed ob non factum id quod fieri debuit ad id quod interest, vt toties inculcauimus ex *l. si quis ab alio* 13.*in fi.D.de re iudic.l.stipulationes non diuiduntur* 72. *l.quoties quis alium* 81.*De verbor. obligat.* Nudam ergo conuentionem Gordianus intelligit, eam quæ nuda sit à traditione, siue aliqua stipulatio interuenerit, siue nulla. Quomodo Imperatores Dioclet.& Maximian. *in l.traditionibus* 20.*Cod de pact.*cùm dicunt traditionibus & vsucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferri. Nuda pacta intelligunt ea non quæ steterint in puris finibus conuentio-

nis,

Digitized by Google

nis, sed quæ destituta sint traditione, vt interpretes omnes consentiunt. Cùm non magis per contractum emptionis aut stipulationis quàm per simplex pactum sine traditione transferri dominium possit: quia inter modos transferendi dominij traditio quidem est & vsucapio, at non etiam stipulatio, aut alius contractus vllus qui consensu solo perficiatur siue bonæ fidei sit, siue stricti iuris. Et verò si per solam stipulationem ad resoluendum contractum interpositam resolui contractus posset, sequeretur, nullum fore locum actioni ex stipulatu in id quod actoris interesset, quandoquidem non posset actor dicere sua interesse quòd resolutus contractus non fuisset, qui è contrario sola stipulationis potestate resolutus inueniretur. Exemplo eius quod scriptum est *in l.vlt.C.si mancip.ita fuer.alien.* Non posse pecuniam peti quam promiserat emptor si seruum ea lege venditum non manumitteret, quamuis manumittere noluerit, atque ita datam fidem rupisse videatur, cùm potestate conuentionis posse manumittentis factum repræsentari optima ratione placuerit, quemadmodum *in dict. l.vltim.* legendum esse alibi docuimus. Quid enim potest venditoris interesse quod seruus manumissus non sit, cùm citra manumissionem ad libertatem peruenerit? Quid similiter interesse emptoris, aut venditoris, quòd alteruter contrahentium resoluere contractum nolit, si contractus sit ipso iure resolutus? Vt ergo resoluatur venditio per posteriorem conuentionem etiam quæ munita sit stipulatione, cùm iam secuta fuit traditio ex parte venditoris, & solutio precij ex parte emptoris non tantùm necessaria est retrotraditio, & precij accepti restitutio, sed ante omnia retrouenditio, quam postmodum cætera sequantur, vt actus contrarius sit in omnibus & per omnia retrosimilis priori. Nec enim fieri potest vt contractus qui non modò perfectus sit sed etiam impletus per mutuas præstationes hinc inde factas aut solo consensu contrario, aut per solas præstationes contrarias resoluatur, sed retroagi omnia necesse est. Dominium enim rei venditæ quod per traditionem fuit acquisitum emptori non nisi certis & legitimis modis potest ab eo discedere & recurrere ad venditorem, vt neq; ad emptorem dominium precij quod solutum fuit venditori: Inter quos modos neque nuda voluntas est, neque nuda traditio. Itaque si post eiusmodi retrotraditionem quam nulla retrouenditio præcessisset, aut post retrouenditionem, quam nulla retrotraditio subsecuta esset, emptor vellet rem à se emptam quasi suam vindicare, posset vtique summo iure id facere, tanquam qui nihilominùs mansisset dominus, Et necessaria esset venditori priore casu doli exceptio, quoniam in dolo esset emptor qui post acceptam precij restitutionem pergeret adhuc rem vindicare. Posteriore autem exceptio rei venditæ & traditæ, Nisi nouam, & iustam causam vindicandi possessor habeat, vt *in l. 1. §. vltim. De except. rei vendit.* Quatum tamen exceptionum vsus neque necessarius, neque vtilis esse posset si resoluta prior venditio fuisset, ac dominium ab emptore recessisset. Omnis namque exceptio præsupponit actionem competentem. Actio autem in rem & vindicatio competere nulla posset emptori qui dominus esse desiisset, præsertim contra venditorem, qui dominus mansisset. Idque ita esse ex eo apparet euidentiùs, quod ab Alexandro rescriptum est *in l. 3. Cod. de pact. int.empt. & vendit.* Si quis certa lege prædium vendiderit puta vt nisi reliquum precium intra certum tempus solutum esset, prædium ad se reuerteretur, non habere illum rei vindicationem, sed actionem ex vendito, si non precariam

possessionē tradiderit, id est nisi sic tradiderit possessionē vt ea precariò tātùm esset penes emptorem. Nam si pactum hoc, etiam in ipso contractu & in eius ingressu appositum, quamuis per verba, vt apparet, resolutiua conceptū non potest eam vim habere vt ipso iure resoluat venditionem, & reddat venditori dominiū quod ab eo per traditionē abscesserat. Quantò minùs poterit ea res fieri per conuentionē nudā posteriorē tametsi vallatā stipulatione si retrotraditio nulla sequatur? Nec.n. minor est vis pacti in ipso cōtractu adhibiti, maximè verò in cōtractu bonæ fidei, quàm si stipulatio interuenisset *d. l. iuris gentium* 7. *§. quinimò D. de pact.* Addi etiam potest quod Imperatores Carus, Carinus, & Numerianus rescripserūt *in l. cùm te 6. eod. tit.* Si quis fundū suum certæ rei cōtemplatione habita exiguo precio in aliū transtulerit qui posteà promissi fidē implere recuset, nō debere eam rē fraudi esse vēditori, sed cōuenire vt dominij ius quod habuit in suā causam reuertatur. Quod ita accipiendū est non vt ea dominij reuersio fiat ipso iure quasi resoluta traditione per solā pacti potestatē, sed vt ad reuersionem illam dominij & ad resolutionē traditionis, contrariam traditionem sequi necesse sit. Ideóq; non ait lex, dominium rei venditæ hoc casu reuerti ad venditorē ipso iure sed cōueniens esse vt reuertatur, ne emptor impunè fidem fregerit. Nēpe per retrotraditionem, Condemnato emptore vt sine vlla ludificatione rem cum fructibus suis restituat, reddito vicissim precio venditori si non malit emptor per suam procaciam & contumaciam præstare quāti interest venditoris, quemadmodum contingeret si venditor nollet rem tradere, quam vendidisset *l. si traditio 4. C. de act. empt.* Atqui nullam, inquies, retrouenditionem hoc casu Imperatores exigunt, sed tantùm rei venditæ restitutionem. Fateor, Nimirum quia competebat in illa specie actio ex vendito propter pactum in venditione adhibitum, Ex qua actione poterat sequi condemnatio non minùs, quàm ex ea quæ competere posset ex retrouenditione si qua intercessisset. Et quamuis neque per eam actionem, neque per condemnationē exinde secutam possit transferri dominium, quia neque actio modus est dominij transferendi, neque condemnatio quam in pecunia numeratā, litisque æstimatione fieri semper oportet, Causatiuè tamen vt loquuntur & occasionaliter potest ea actio ante condemnationē inducere translationem dominij, Parato scilicet emptore fundū retrotradere cum fructibus ad euitādam condemnationē, quam aliòqui euitare nullomodo possit. Quare nec sic loquuntur Imperatores, vt dicant debere aditum iudicem præcipere ac iubere vt fundus restituatur cum fructibus [id enim non obtinet nisi in arbitrariis iudiciis] sed debere sua authoritate perficere, vt fundus cum fructibus restituatur sine vlla ludificatione, id est statim & citra frustrationem ac moram vllam, Comminata scilicet & imminente condemnatione, si ea per spōtaneam rei restitutionem non impediatur: quo casu absoluetur quidem emptor sed postquàm satisfecerit venditori & ob hoc ipsum quod ei satisfecerit. Sunt enim iudicia omnia hoc modo absolutoria *§. vlt. Inst. de perpet. & tempor. act.* etiam pœnalia *l. hoc edicto 5. D. de public. & vectig.* Nec superioribus contrarium est quod hoc casu per solam retrotraditionē transfertur dominium, nulla quoq; præcedente retrouenditione. Id enim fit quoniam hoc casu traditio non est nuda, sed causam habet eámq; iustā & retrouēditioni æquipollentem, id est actionem venditi, & metum condēnationis imminētis. Actionē verò illam venditi propter pactū in ipsa venditione interpositum quod parit actionem. At nos diuersam omnino speciem tractamus, in qua venditor rem tradiderit & precium emptor soluerit, posteà verò inter

eos conuenerit vt emptor rem retrotraderet, venditor precium restitueret. Qua in specie dicimus etiamsi conuentio interueniat de retrotradenda re, ac reddendo precio, non posse resolui venditionem, nec dominium rei venditæ ad venditorem recurrere etiam secuta retrotraditione & restitutione precij, quin retrouenditio intercedat. Separamus enim retrouenditionem à pacto de retrotradendo, adeóque quod magis est à pacto de retrouendendo, quemadmodum nec Bart. ipse negat *ad l. vlt. D. de condict. caus. dat.* multum distare pactum de vendendo à venditione licèt vtrumque fiat nudo consensu, quia venditio habet consensum non modò præsentem, sed etiam in materia præsenti. Pactum autem de vendendo habet quidem consensum præsentem, sed circa materiam futuram, & quæ nondum est, ideóque nouo consensu est opus vt vẽditio contrahatur. Igitur quemadmodum traditio quæ facta esset in consequẽtiam pacti de vendendo, non eo minùs esset nuda & inhabilis ad transferendum dominium, quia pactum de vendendo non est iusta causa, cùm ius ciuile nulla pacta agnoscat, exceptis iis quæ ad nudorum differentiam legitima vocantur, Ita & retrotraditio facta ex causa pacti de retrotradendo, adeóque de retrouendendo perinde nuda est, & consequenter transferre dominium nullo modo potest *l. numquam nuda* 31. *De acqu. rer. domin.* Proinde necessaria est retrouenditio quæ sicuti consensu nudo perficitur vt venditio, ita & æquè contractus est quia lex eum consensum habet & adprobat pro contractu non etiam illum qui interuenit in pacto de retrouendendo, In eo scilicet quòd secutum sit venditionem ex interuallo. Nam si in contractu ipso venditionis, aut incontinenti adhibitum sit, cùm sit illud pars contractus & pariat actionem, potest iustã præbere causam secutæ traditioni vt ex ea retrotraditione dominiũ transferatur, & ad venditorem reuertatur, vt *in d. l. cùm te*, & apertiùs *in l. 2. eod. tit.* vbi non proponebatur initum pactum de retrouendendo quod plerique interpretum putant, sed duntaxat pactum de retrotradendo. Inter quæ pacta vel hoc maximè interesse arbitror, quòd si traditio sequatur ex pacto de retrotradendo transferet dominium, etiam nulla intercedente retrouenditione, Non item si ex pacto De retrouendendo quamuis incontinenti apposito, quia vel ipsa pacti conceptio satis ostendit eam fuisse paciscentium & cõtrahentium voluntatem vt traditioni causam daret non pactum solum, sed contractus retrouenditionis. Concludẽdum igitur est, tunc posse locum esse distinctioni interpretum, An posterior venditio facta sit per verba resolutoria, necne, cùm prior venditio consensu nudo perfecta est, nec fuit res secuta: Re autem secuta, præsertim verò si ex vtraque parte, nullum resolutioni contractus locum superesse, sed necessarium esse nouum contractum vt etiam facta retrotraditione, precióque restituto possit redire dominium ad venditorem, Nisi si quando retrotraditio fiat potestate pacti de retrotradendo adposito in priori venditione aut saltẽ incõtinenti, vt *in d. l. 2. & 3. l. cùm te 6. C. de pact. int. empt. & vend.* Quid ergo si ex vna tãtùm parte secutũ sit implementũ prioris cõtractus? Habet hic casus paullò maiorem & separatam dubitationem, de qua separatim differendum est.

ERROR NONVS.

Si ex vna tantùm parte secutum sit implementum prioris contractus.
Ad l. ab emptione 58. D. de pact.

POTERAT in hac quæstione dubitari an res dicenda esset integra eo solo casu, quo neutra ex parte secutum esset implementũ, qui casus nullam omnino recipere dubitationẽ potest. An verò etiam quoque cùm ex alterutra parte secutum esset dum ne ex vtraque, licèt postremum hoc Accursius noster neget *ad l.1. C.quand. lic. ab empt.disced.* Sed quis vnquam credidisset, ex omnibus interpretibus fore aliquem vel vnum qui diceret quod interpretes nostri ferè omnes tam constanter adseuerant, Illo etiam casu quo implementum ex vtraque contrahentium parte secutũ sit, esse adhuc adeò integra omnia vt nuda cõuentione posteriore prior contractus resolui ipso iure possit, dummodò posterior illa conuentio sit concepta per verba in eam rem apta & idonea, & vt loquuntur resolutiua. Hoc enim est quod interpretibus nostris placet si Amedeo à Ponte credimus *d.quæst. laudim.*38. quam sententiam ex eorundem interpretum opinione sic intelligere debemus si tamen retrotraditio rei venditæ secuta sit ex parte emptoris, & precij restitutio ex latere venditoris. Quid verò fuit obsecro quod eos in errorem hunc tam absurdum inducere potuerit. Vnum illud quantum ex Bartoli & aliorum Commentariis possum coniicere quod ita responsum à Neratio fuisse putant *in l.ab emptione* 58. *D.de pact.* vbi postquàm præfatus est, Nemini dubiũ esse quin ab emptione, venditione, locatione, conductione cæterisq; similibus obligationibus, & contractibus qui consensu nudo perficiuntur, recedi possit integris omnibus consensu eorũ, qui inter se obligati sunt, Subiungit Aristoni grauissimo inter ætatis suæ prudentes Iureconsulto, hoc amplius visum fuisse, si ea quæ me ex empto præstare tibi oporteret, præstitissem, & cùm tu mihi precium deberes, conuenisset mihi tecum vt rursum præstitis mihi à te in re vẽdita omnibus quæ ego tibi præstitissem precium mihi non dares, túq; mihi ea præstitisses, precium te debere desinere, quia, inquit, bonæ fidei ad quam hæc omnia rediguntur, interpretatio hanc quoque conuentionẽ admittat. Et addit, Nec quicquam interesse, vtrum integris omnibus in quę obligati essemus cõueniret vt ab eo negotio discederetur, an in integrũ restitutis his quæ ego tibi præstitissem consentiremus ne quid tu mihi eo nomine præstares. Quibus verbis testatur apertissimè cùm de bonæ fidei contractu resoluendo quæritur sola conuentionis potestate non tam illud inspiciendum esse an res sit integra, quàm vtrum conuenerit vt restitutis in integrum omnibus à priore cõtractu discedatur. Et ita interpretes ferè omnes intelligunt. At ego longè aliter qui video interpretationem aut illationẽ hanc non magis Neratij verbis, quàm rationi iuris conuenire. Non enim casum illum tractat Neratius, quo pactũ interuenerit ex postfacto & re secuta, de omnibus in integrum restituendis, vt nostri putát, sed quo pactum ita conceptum sit, vt emptor precium non solueret posteaquàm venditori rem venditam iámque traditam restituisset. Quo casu certè verum est rem non esse integram cùm traditio ex parte venditoris facta sit licèt precium ex parte emptoris nondum fuerit solutum *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* quemadmodum si è contrario solutum sit precium, licèt non fuerit res tradita. *l.2.D.de rescind.vendit.* Sed tamen illud quoque verum est, Aliquid esse adhuc integrum ex parte illius qui contractum non impleuit. Indéque fit, vt is qui ex parte sua impleuit, hoc ipso incipiat posse agere aduersus eum qui nondum impleuit, si venditor est qui impleuerit, actione ex vendito contra emptorem, sin emptor, actione ex empto contra venditorem *l.ex empto* 11. *l.Iulianus* 13. *§.offerri & pass.D.de action.empt.* Quæstio igitur, quam tractat Neratius ad illum duntaxat

taxat casum pertinet, quo post implementum ex alterutra tãtùm parte secutum conuenerit, vt retroacto eo quod actum fuerat, desinat esse obligatus is qui non impleuit, & qui per actionem bonæ fidei poterat cogi vt ex sua quoque parte impleret. Non enim sic Neratius loquitur *si nos ea quæ ex empto & vendito præstare vtrimque oporteret, præstitissemus, & cùm nihil amplius inuicem deberemus conuenisset inter nos vt retropræstitis & in integrum restitutis omnibus quæ mutuò præstitissemus à priore emptione in totum recederemus*, qui casus est de quo disputamus; sed longè aliis verbis & in hunc modum *si ea quæ me ex empto præstare tibi oporteret præstitissem, & cùm tu mihi precium deberes conuenisset mihi tecum vt rursus præstitis mihi à te in re vendita omnibus quæ ego tibi præstitissem precium mihi non deberes*. Et in sequentibus non ait Neratius nihil interesse vtrum integris omnibus in quæ obligati essemus conueniret vt ab eo negotio discederetur, an verò post secutum ex vtraque parte implementum conueniret vt restitutis in integrum omnibus prior venditio pro infecta haberetur: quæ propositio planè falsa esset, & Neratio nostro indigna. Sed ait nihil interesse an omnia sint integra ex vtraque parte eo tempore quo de resoluenda venditione conuênit. An verò ex vna tantùm parte si conuenerit de liberando eo qui ex priore contractu maneat adhuc obligatus. Differentiæ autem ratio inter hos casus, quam interpretes non perceperunt, ex eo pendet, quod cùm ex altera tantùm parte implementum secutum est, superest actio ei qui impleuit aduersus alium qui non impleuit: quæ actio cùm sit bonæ fidei quandoquidem ex bonæ fidei contractu proficiscitur, haud dubiè interpretationem recipere debet ex fide bona. Id enim est quod ait Neratius omnia hæc ad bonam fidem redigenda esse. Bona fides autem facilè hanc conuentionem admittit, vt emptor qui rem venditam accepit vbi eam venditori reddiderit desinat precium debere, Non solùm quòd in eo nihil fiat contra bonam fidem, sed etiam quòd bona fides non patiatur vt venditor cui res vendita quam tradiderat fuerit reddita precium adhuc petere possit: Ne alioquin eueniat vt & rem habeat & precium, Quod neque in venditoris, neque in emptoris persona vnquam ferendum est *dict. l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. D. de action. empt.* Proinde si permitteremus venditori vt hoc casu ageret, nihilominùs contra emptorem ad precium eo prætextu quòd & venditio iam perfecta ab initio & implementum ex vna saltem parte iam secutum fuisset, nemo vtique tam iniquus esset contra emptorem vt non ei exceptionem vel pacti vel doli accommodaret. Nam & dolo malo & contra pactum faceret venditor qui precium petere etiam post rem suam receptam pergeret. Quo admisso illud quoque statim consequens fit vt nec ei actio dari vlla debeat, quasi nulla ei amplius competente, propterea quòd iudiciis bonæ fidei quale est ex vendito, exceptiones omnes insint non tantùm doli sed etiam pacti *l. 3. D. de resc. vend. l. sed etsi 21. D. solut. matr. l. huiusmodi* 84. *§. qui seruum de legat.* 1. Prodest igitur hoc casu nuda conuentio ad resoluendum contractum bonæ fidei quia prodesse potest ad inducendam exceptionem talem quæ bonæ fidei iudicio inesse possit, Quod sufficit vt contractus haberi possit pro resoluto, cùm sufficiat vt actio venditori competens ei sit deneganda. Quid enim aliud est resolui contractum, quàm in eum statum reduci in quo res erat priusquàm contractum esset, ac si contractus ille prior numquam præcessisset, ita vt nihil iuris ex eo vel emptori supersit vel venditori. Sic fit vt per traditionem illam quam emptor vendi-

tori ſponte fecerit vt conuentionis commodo poſſet ipſe frui & precium debere deſinere, fatendum ſit transferri dominium & recurrere ad venditorem. Alioqui non eſſet contractus reſolutus ex quo venditor dominium rei ſuę amiſiſſet & emptor retineret, Illáque iniquitas emergeret in perſona emptoris, quæ ne in venditoris perſona emergat, conuentionem hanc ex bona fide admittimus, vt & rei & precij dominium emptor haberet: Quanam autem ratione hoc fiat difficilius videtur dicere cùm hæc retrotraditio non ſolùm non fiat ex cauſa vllius retrouenditionis præcedentis, ſed ne quidem ex cauſa alicuius conuentionis. In quo videtur hic caſus differre ab omnibus præcedentibus, de quibus ſuperiore capite diximus. Non enim ponit Neratius ſic initam conuentionem vt emptor cogatur venditori rem reddere, vt precium quod adhuc debet ſibi retinere poſſit. [Hoc enim per pactum quod ad reſolutionem contractus pertineat fieri nullomodo poſſe monet Neratius, ſed neceſſariam eſſe nouam obligationem.] At vt præſtita & retrotradita re vendita nihil precij nomine ab emptore debeatur: In quibus verbis nihil eſt quod emptorem obliget, ne quidem naturaliter ad rem reddendam ſi nolit, & conſequenter ſi reddat, ſpontanea retrotraditio eſt. Si ſpontanea inquies, Ergo & nuda, cùm aliam cauſam nullam habeat præter nudam emptoris voluntatem. Sed neganda conſecutio eſt. Licèt enim non fiat ex neceſſitate pacti ſit tamen in conſequentiam & executionem pacti, adeò vt etiam quodammodo ex neceſſitate fieri videatur tam ex parte venditoris quàm ex parte emptoris. Ex parte quidem venditoris, quia non poteſt recuſare quominus retrotraditionem ab emptore oblatam accipiat, Ne aliter ſit in eius etiam poteſtate, vt priuet emptorem commodo & emolumento pacti ex quo ſcilicet precij liberationem conſequi non priùs poſſit, quàm rem vltrò retradiderit, Ex parte verò emptoris, quia licèt ei liberum ſit rem non reddere, ſi precium debere malit, ſi tamen liberationem ſibi ex pacto velit quærere, cogitur ante omnia rem retrotradere, & quidem ex pacto, quia ſic ferunt verba pacti. Et conſequenter, non eſt nuda illa retrotraditio, quæ pro cauſa habet pactum quod licet non inſit contractui ex parte agentis & ad agendum tanquam interpoſitum ex interuallo, ineſt tamen, vt ita dixerim, actioni non ad eam formandam, ſed quod magis mirum eſt, ad illam extinguendam, ſicuti aliquando accidit vt actio ex empto detur etiam ad diſtrahendam emptionem, vt Iulianus dicebat in ſpecie *d. l. ex empto §. ſi qui vina D. de action. empt.* quoniam parit exceptionem quæ ineſt iudicio bonæ fidei, & quæ idcirco facit, vt contra emptorem non magis ſuperſit venditori actio ex vendito ad precium, quàm ſi ab initio & incontinenti, aut ex poſtfacto quidem, ſed rebus omnibus integris contractus fuiſſet reſolutus. Vt quemadmodum ſi contractus ab initio aut ſaltem rebus omnibus integris reſolutus fuiſſet, nulla penitus ex eo competeret actio, cùm poſt reſolutionem contractus ipſo iure factam perinde ſit atque ſi nulla emptio præceſſiſſet *d. l. 2. D. de reſcind. vendit.* Ita & cùm reſoluitur poſt rem ex alterutra parte ſecutam, ipſo iure liberetur is, qui in eum vſque diem fuerat debitor, dummodo prior ille pactum ex parte ſua impleuerit. Vtriq; enim caſui commune illud eſt vt poſt reſolutionem nulla ſuperſit actio, nec vlla proinde neceſſaria ſit exceptio. Sufficit enim ad reſoluendum contractum bonæ fidei vt ad eum ſtatum reductus ſit reſtitutis iis quæ iam præſtita fuerant, vt ſi qua actio ex eo contractu ſupereſſet poſſet illa elidi per exceptionem pacti, vel quæ ei ſubſidiaria eſt per exceptionem doli. At cùm ex vtraque parte res ſecuta eſt, & mutuæ præſtationes factæ,

nulla

nulla iam superest actio ex contractu quæ scilicet neutri contrahentium potest competere nisi ad hoc vt fiat quod ex natura contractus hinc inde fieri debet. Ac quamuis post impletum in omnibus contractum non eo minùs contractus maneat,tamen neque obligatio neque actio vlla superest, non solùm quòd iam desierit interesse vtriusque,sed etiam quòd obligationis vinculum ipso iure dissolutum sit solutione ac præstatione eius quod debebatur. Cùm solutio sit modus naturalis tollendarum obligationum omnium *l.pen.D.de solut.* Vel ex ipsa diffinitione obligationis, quæ nihil aliud esse dicitur à Iustiniano, quàm iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ causa. Cùm itaque per solutionem & mutuas præstationes vtrimque factas tota obligatio empti & venditi sublata sit nihil iam superest quod de obligationis illius resolutione tractari possit,éstque necessariò descendendum ad nouas obligationes nouúmque contractum si id agere contrahẽtes velint vt à toto negotio quod non modò perfectum sed etiam vtrimque impletum fuit, recedatur. Nec aliter sensisse videtur Paulus Castrens.*ad d.l.1.C.quand.lic.ab empt.disced.* cùm ponit emptorem sponte tradidisse rem venditori, & è conuerso venditorem spõte restituisse precium emptori. Tunc enim,inquit,conuentio resolutiua benè operaretur in his quæ restabant agenda,quia tollit hinc inde obligationem & actionem ipso iure,aliàs pro non facta haberetur.Ita significans nullam posse vim esse cõuentionis resolutiuæ nisi quod ad ea pertinet quæ restabant agenda conuentionis tempore: Vt proinde fatendum sit ex ipsius sententia si iam tùm nihil restabat agendum, nullam quoque futuram potestatem eiusmodi conuentionis. Sed in eo tamen labitur magnus ille vir,cum cæteris interpretibus, quòd ponit contractum venditionis impletum fuisse ex vtraque parte.Nam cùm id accidit, quid obsecro agendum superesse potest?Nihil planè.Nec enim actio ex empto aliam præstationem vllam habet nisi vt venditor rem tradat, nec rursum actio ex vendito nisi vt emptor precium soluat. Ergo si & res tradita sit à venditore, & precium solutum ab emptore cùm nihil agendum restet, consequens omnino est vt nulla supersit obligatio quæ resolui possit, vtque ad retroagenda omnia per actum contrarium retrosimilem, necesse sit interuenire retrouenditionem cuius potestate sequatur retrotraditio ex parte emptoris, & precij restitutio ex parte venditoris. Et in hoc quoque errauit Castrensis quod credidit, si post impletam ex vtraque parte venditionem emptor sponte rem reddiderit venditori, & venditor precium emptori, ante interpositam conuentionem resolutiuam,posse dominium rei venditæ recurrere ad venditorem,& dominium precij soluti ad emptorem: quod nos negamus, quia in hoc casu traditio & rei & pecuniæ nuda est & inhabilis ad transferendum dominium, quod tamen transferri & reddi necesse est, vt dominium rei venditæ quod à venditore abscesserat, ad eum redeat, itémque ad emptorem dominium pecuniæ pro precio solutæ. Quis enim credat solam illam vtriusque contrahentium voluntatem spontaneam posse iustam esse causam dominij transferendi? Non magis vtique quàm si ab initio vellem ego transferre in te dominium fundi mei Corneliani, & tu in me dominium centum aureorum nulla præcedente venditione *dict. l. numquam nuda* 31. *D. de acquirend. rer. domin.* Sed fefellit Castrensem vt & cæteros interpretes responsum illud Neratij *in dict.l. ab emptione*, vbi tractatur quidem de retrotraditione quæ sponte facta sit, sed ab altera tantùm parte non ab vtraque vt ostendimus. Adferunt etiam interpretes post Bartolum quod scriptum est *in dict. l. iuris gentium* 7. *§. adeo autem eodem tit.* vbi ta-

men nihil tale reperias. Admittit enim Vlpianus posse etiam ex interuallo sic pactum fieri vt ab emptione perfecta discedatur siue in totum siue ita vt pars eius reformetur, & quodammodo quasi renouatus contractus videatur. Sed vtrumque ita demùm si res nondum secuta sit, tantùm abest, vt velit Vlpianus sententiam suam obtinere eo casu quo res iam secuta fuerit, & contractus impletus ex vtraque parte. Primus Aristo fuisse videtur qui opinionem illam induxit quæ à Neratio refertur & probatur *in dict. l. ab emptione*, Vt non tantùm rebus omnibus integris, de quo non erat qui dubitaret, sed etiam post implementum ex alterutra parte secutum, possit nihilominùs conuentione fieri vt restituta priùs venditori ea re quæ iam fuerat ab eo tradita possit resolui obligatio empti & venditi vt liberetur emptor & precium debere desinat: quod ante Aristonem dixerat nemo. Amplius putabat Aristo vt solent viri magna authoritate prædìti ab ea sententia quam ipsi induxerint ac feliciter receptam viderint, in aliam facilè progredi audaciorem, Posse per pactum etiam ex interuallo adpositum fieri vt in emptione & venditione qui contractus est vltrò citróque obligatorius, vnus duntaxat contrahentium maneat obligatus, quemadmodum refert Pomponius *in l. 1. D. de rescind. vendit.* quo tamen loco docet non esse veram hanc Aristonis sententiam, quia pro vna tantùm parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit, Et ideò si ab vna duntaxat parte contractus renouatus sit, dicendum esse non valere huiusmodi pactionem: quoniam cùm hic contractus vtrimque obligatorius sit, mutuásque præstationes habeat, necesse est vt vel ex vtraque parte constet, vel ex vtraque resoluatur, Nisi cùm ea ratio iuris per aliam rationem potentiorem non per solam contrahentium voluntatem impeditur, vt cùm pupillus sine tutoris authoritate paciscitur. Nam ipse quidem liberatur, non etiam is qui cum eo pactus est *dict. l. 1.* Nempe quoniam iuris ciuilis regula & constitutio est, Pupillum sine tutoris authoritate obligari non posse *l. contra 28. D. de pact.* ideóque si pupillus ab initio emisset aut vendidisset absque authoritate tutoris, claudicaret contractus, nec esset pupillus obligatus, & nihilominùs haberet alium obligatum *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo D. de action. empt.* Nec Pomponio contradicit aut falsam Aristonis sententiam adiuuat quod Iulianus respondit *in l. si conuenerit 56. De pact.* si conuenerit ne dominus à colono quid peteret ac iusta causa conuentionis fuerit, nihilominus colonum à domino petere posse. Nam præter id quod non de pacto resolutorio tractat Iulianus de quo & Aristo & Pomponius, sed de pacto de non petendo, cuius ea tantùm potestas est vt exceptionem præbere queat non etiam contractum resoluere, Requirit Iulianus vt iusta fuerit causa talis conuentionis, sicut & Papinianus *in l. Stichum aut Pamphilum 91. §. naturalis D. de solut.* vt iustum sit pactum, id est vt sequentia explicant æquitatis vinculo sustentatum, quod cum accidit mirum non est pactum suas vires exerere, vt exceptionem parere possit, Ei scilicet qui pactus est, non etiam alij contra quem pactum interpositum fuit. Nihil enim vetat etiam in contractu qui sit vtrimque obligatorius vni ex contrahentibus acquiri exceptionem aliquam siue pacti siue aliam, non etiam alteri, vt fusiùs à nobis explicatum est in Rationalibus ad illam legem. Aristonis exemplum secuti sunt interpretes nostri sed ad inducendũ errorem nouum, & quem Aristo numquam probasset. Nam cùm Aristo & post eũ Neratius hoc tãtùm scripsisset *in d. l. ab emptione*, Posse abiri ab emptione etiam re secuta ex alterutra parte, vt qui ex contrahentibus adhuc manet obligatus ex altera parte ipso iure liberetur, dummodo concepta pactio sit ad eum modũ qui

expressus

expressus est *in d.l.ab emptione*, Nostri sic extendere voluerũt vt idem admittẽdum sit etiam eo casu quo vtrimque contractus impletus iam fuerit, Quasi eadem sit ratio vtriusque casus, quia diuersitatis rationem quã attulimus, non perceperunt. Ergo vt pactum resolutorium re iam secuta interpositum, vires aliquas habere possit, illud primùm exigitur, vt res non sit secuta ex vtraque parte sed tantùm ex alterutra, vt supersit aliqua obligatio quæ resolui possit ex illius parte qui adhuc mansit obligatus. Deinde pactum interponi oportet antè quàm retrotraditio sequatur, Posteà traditionem vltrò fieri necesse est ab eo qui pacto iuuari velit & consequi liberationem. Tum verò facta retrotraditione sequitur liberatio, vi & potestate solius pacti resolutorij, & desinit emptor precium debere, quod debuerat, non in diem vsque pacti, sed in vltimum vsque instãs factæ retrotraditionis: Quo demùm instanti contingit liberatio ipso iure, & pactum vires suas exerit, non autem eo instanti quo interponitur. In quo vno differt à pacto resolutorio quod interpositum sit rebus omnibus integris, quoniam eo casu idem est instans pacti resolutorij & factæ resolutionis, cùm nihil obstet quominùs eo ipso instanti resolutio fiat: quæ tamen ne perinde fieri possit in ipso instanti pactionis adhibitæ ex interuallo re iam secuta ex altera parte hoc ipsum impedimento est quod iam res secuta fuit, nec amplius est integra. Quẽadmodum ergo secutum ex vna parte implemẽtum facit ne statim resolui contractus possit, & impedit resolutionem quousque secutus sit actus contrarius implemento, Et eo quoque tempore non aliter potest inducere resolutionem, quàm si pactio præcesserit actum illum contrarium & aliqua obligatio supersit adhuc ex parte altera, Ita fatendum necessariò est, si implementum ex vtraque parte secutum sit ante pactionem interpositam, nõ posse fieri locum resolutioni, Non solùm quòd nulla supersit obligatio, quæ resolui queat, sed etiam quia fieri non possit, vt hoc casu pactio procedat, quam scilicet conferri necesse esset in id tempus, quo secuta esset vtrimq; retrotraditio, ac proinde quo effectu ipso iam essent omnia in integrum restituta, citra vllam contractus resolutionem. Hoc etiam admisso quod volunt interpretes vt ex illa retrotraditione dominium transferri vtrimque posset: quod tamen nos negamus. Itaque quod ex Aristone scribit Neratius *in dict.l.ab emptione*, Nihil interesse vtrum integris omnibus in quæ obligati ambo essemus conueniret vt ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his non quæ nos inuicem præstitissemus, sed quæ ego tibi præstitissem, consentiremus ne quid tu mihi eo nomine præstares, nõ adeò generaliter & absolutè accipiendum est, quasi nihil penitus intersit, Sed ita vt nihil intersit quantùm ad effectum sed intersit tamen quãtum ad tempus & instans factæ resolutionis.

ERROR DECIMVS.

Quid intersit an res secuta sit ex parte venditoris tantùm, an ex parte emptoris, cùm de laudimiis disputatur.

SI vera sunt, vt esse credimus, ea quæ superiore capite disputauimus, facile est intelligere quid ex iis inferamus. Nam cùm interpretes omnes velint ex cõtractu resoluto nulla deberi laudimia non solùm si rebus omnibus integris cõtractus fuerit resolutus siue incõtinẽti siue ex

interuallo, ſed etiãſi reſolutus ſit ex poſtfacto & re iam ſecuta quãuis ex vtraq; parte, dummodò facta ſit pactio per verba apta & idonea ac merè reſolutoria vt concludit Amedeus à Ponte *dict.quaeſt.laudim.*38. Nos contrà defendimus laudimium deberi quoties implementum vẽditionis ſecutum eſt ex vtraq; parte, propter tranſlationem dominij quæ hoc caſu ſic facta inuenitur, vt non ſit amplius liberum contrahentibus niſi nouis obligationibus conſtitutis adeóq; per retrouenditionem à contractu reſilire. Id enim conſequens eſt ei quod iá ſæpe diximus, & rurſum toties inculcandum erit, Deberi laudimium ex omni cõtractu ex quo dominium tranſlatum ſit per adprehenſionem poſſeſſionis ſecutam. In eóque noſtri faciunt certè iniuriam domino directo cùm in arbitrio cõtrahentium ponunt vt quæſitum ei ius petendi laudimij aufferant per pactionẽ cuius poteſtate reſolui contractum velint, etiam ex poſtfacto, etiam re ſecuta, ſicut è contrario fauent ei ſuprà modum, cùm defendunt, Ex contractu ſimplici qui non ſit reſolutus deberi laudimium, etiam traditione non ſecuta. Quid ergo ſi neque reſolutus ſit contractus, neque res adhuc ſecuta ſit ex vtraque parte, ſed ex altera tãtùm ſiue emptoris ſiue vẽditoris. Medius hic caſus eſt, qui proinde nouam recipit dubitationem, Ex qua tamen facilè noſtri ſe expediunt. Nam qua ratione aut potiùs qua fronte putant, Ex ſimplici quoque venditione dũ ne reſoluta laudimium deberi, quòd in contrahentium poteſtate eſſe nõ debeat vt à contractu perfecto reſiliant in præiudicium domini directi, per quem nõ ſtet quominùs adprehenſio poſſeſſionis ſequatur, quæ laudimij præſtandi neceſſitatem induceret: Eâdem quoque vi mouentur vt idem ſentiant etiamſi ex alterutra tantùm parte ſecutum ſit implementum. Nec abs re. Multò enim maior ratio facit pro domino cùm ex alterutra parte contractus impletus eſt, quàm cùm ex nulla. Neque verò ſolent prudentes noſtri diſtinguere an ex parte emptoris an ex parte venditoris res ſecuta ſit, cùm vtroque caſu admittant non eſſe amplius rem integram, nec magis ſi emptor precium ſoluerit, *l.2.D.de reſcind.vendit.* quàm ſi venditor venditam rem tradiderit *l.1.Cod.quand.lic.ab empt.diſced.l.ab emptione* 58.*D. de pact.* Nos verò in cæteris quidẽ iuris partibus idipſum de hoc ſentimus quod prudentes ſenſerunt: Sed in tractatu de laudimiis qui fuit illis incognitus, nouam diſtinctionem inducere cogimur, quæ iudicio noſtro nõ eſſet noua ſi quæſtio ipſa fuiſſet à prudentibus tractata. Dicimus itaque multũ referre, cùm de laudimiis quæritur, an emptor contractum impleuerit, an venditor, id eſt an precium ſolutum ſit per emptorem, an res tradita per venditorem. Implet ſiquidem contractum venditor ex parte ſua, cùm rem tradit, emptor cùm precium ſoluit aut eo nomine aliter ſatisfacit venditori *l.ex empto* 11.*& paſſ.D. de action.empt. l.quod vendidi* 19.*l.vt res* 53.*D.de contr.empt.* Si venditor rẽ tradiderit, necdum tamen emptor precium ſoluerit non dubito quin laudimium ea venditione directo domino debeatur. Sin emptor precium ſoluerit nec tamẽ venditor adhuc rem tradiderit, nego laudimiũ vllum deberi. Et diuerſitatis huius quæ nemini hactenus, quod ſciam, in mentem venit, rationem illam adfero, quòd licèt vtroque caſu perinde verũ ſit non eſſe ampliùs rem integram: priore tamen caſu tranſlatum fuit dominium per traditionem quamuis nondum ſoluto precio ſi modò fides de eo habita ſit *d.l.quod vendidi & d.l.vt res.* Aut ſi tranſlatum non eſt dominium quia nihil horum factum ſit, trãſlata ſaltem eſt poſſeſſio per verum dominum, & quidem ex ea cauſa quæ per ſe habilis ſit & idonea ad dominium transferendum. Proinde negari nõ poteſt quin laudimiũ domino deberi cœperit, Vbi autem cœpit ad eum pertinere nulla ratio eſt propter quam

aut de-

aut deneganda ei sit petitio, aut differenda in id vsque tempus quo precium ab emptore soluatur. Cùm etiamsi numquam vellet emptor soluere nihil tamen ea res domino posset nocere quia non eò magis fieret, vt vel dominium vel possessio quam venditor per traditionem amisisset ad eum aut ipso iure aut actionis potestate recurreret. Denique laudimij præstandi causa iam nata ad nō causam redire numquam potest. Quidni ergo statim laudimium & debeatur, & peti possit? Posteriore autem casu non potest solutio precij facere vt ob id solùm quod res integra esse eo modo desierit, laudimium deberi dicēdum sit cùm ex precij solutione nihil inferri possit ad necessitatem traditionis faciendæ, nec proinde ad translationem vllam siue dominij siue possessionis. Inducit enim ea solutio actionem dūtaxat ex empto, quam exinde proponere & exercere emptor potest contra venditorem *l. Iulianus* 13. *§. offerri D. de action. empt.* & quidem ad hoc vt res tradatur, sed per quam tamen non possit ab inuito venditore traditionē extorquere, si per procaciam & contumaciam suam malit venditor præstare quāti emptoris ob eam causam interest quàm rem tradere, vt disputauimus in præcedentibus ex *l. si traditio* 4. *& l. cùm venditorem* 10. *Cod. eod.* Itaque etiam post solutum precium nihil causæ est cur laudimium debeatur, cùm neque vlladum facta sit translatio siue dominij siue possessionis, neque certum sit vnquam factum eam iri. Et quamuis facilè possit accidere, quod & plerumque accidit, vt malit venditor rem tradere quàm pati condemnationem eius quod interest, cuius æstimatio precium egredi vt plurimùm solet *l. 1. D. eod.* non potest tamen ea res sufficere vt laudimij obligatio & præstatio repræsentari debeat, sed satis domino directo esse debet, quod quoties dominij vel possessionis translatio ex emptionis contractu facta erit, certam laudimij petitionem habiturus sit. Atque in hoc minoris potestatis est ex parte emptoris actio empti, quàm sit ex parte vēditoris actio venditi. Nam vēditor qui rem tradidit consequi potest per actionem ex vendito vt emptor præcisè condemnetur ad soluendum precium. Etsi enim solutio precij non minùs quàm rei venditæ traditio est facti *l. consilio* 7. *§. vlt. D. de curat. furios. l. 1. Cod. de probat.* ad factum autem nemo vnquam præcisè condemnandus est. Excipitur tamen causa solutionis faciēdæ in pecunia numerata, quia cùm pecunia numerata non solùm ex earum rerū numero sit quæ functionem recipiunt in suo genere, quod nō sufficeret, sed etiam hoc amplius habeat, quod ex re qualibet confici per venditionem potest *l. 4. §. ait prætor l. à Diuo Pio* 15. *§. in venditione & seqq. D. de re iudic.* nihil facilius est quàm vt per actionem ex vendito precij solutio ab inuito emptore extorqueatur, non in qua factum ipsius aliquod versetur, quasi pecuniam ipsam manibus suis numerare cogendus sit, sed imperata venditione bonorum emptoris, cuius factum eo casu per factū iudicis commodè repræsentatur, & in vicem iustę obligationis succedit ex causa authoritas iubentis *l. si ob causam* 13. *C. de euict. l. 1. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Facilius ergo est vt contractus venditionis iā impletus ex parte venditoris habendus sit pro impleto etiam ex parte emptoris antequàm precium ab eo solutum sit, quàm vt è contrario impleta emptio ex parte solius emptoris habēda sit pro impleta etiam ex parte venditoris ante rem traditam. Res enim nondum tradita vt numquam tradatur fieri facilè potest. At precium nondum solutum vt numquam soluatur fieri nequit, licèt emptor id soluere numquam velit. Inde igitur est quod post rem traditam, licèt precio nondum soluto, laudimium domino deberi admitto. At soluto tātùm precio, necdum re tradita laudimium nullum deberi contendo. Sed obiicies fortasse si subtilis es [scribo

enim ista subtilibus, sed veras non fucatas & inanes subtilitates amantibus] tum quoque cùm traditio per venditorem facta est non esse certum fore vt laudimiũ debeatur, cùm in eo adhuc res sit, vt abiri possit ab emptione ac totus resolui contractus. Fortè si inter contrahentes cõueniat vt retrotradita re per emptorem, desinat emptor debere preciũ venditori. Hoc.n.est quod proximo capite dicebamus ex *l.ab emptione* 58. *D.de pact.* Nihil interesse vtrũ integris omnibus in quæ obligati essemus cõueniret, vt à toto negotio discederetur, an vt retroacta traditione quam ego tibi fecissem cõsentiremus, ne quid tu mihi eo nomine præstares. Atqui fatentur omnes & nos non negamus, si contractus ab initio & integris omnibus resolutus fuisset, fore vt nullum ex eo deberetur laudimium, quoniam resoluta venditio perinde habenda sit acsi nulla vnquã præcessisset *d.l.2.D.de rescind.vendit.* Quin & sententiæ interpretum nos aliquid hac parte addimus, quia ex iis non desunt qui putent, Etiam cùm integris omnibus cõtractus resolutus est si quæratur an laudimium debeatur distinguendum esse an incõtinenti ea resolutio facta sit an ex interuallo, quasi difficilius sit vt ex interuallo facta resolutione desinat laudimium deberi, quod illi debitum esse putant ex simplici quoque venditione, vt videre est apud Amed.à Pont.*d.quæst.38. circ.prin.* Nos contrà generaliter & indistinctè admittimus nullum penitus deberi ex contractu qui resolutus sit omnibus integris, quantumlibet ex interuallo. Cur non ergo æquè concedimus nullũ deberi ex contractu qui perinde resolutus sit ipso iure per pactum ex interuallo adpositum, quamuis traditione iã secuta? Fiet aũt obiectio fortior, si addas, quod nos nõ negabimus, supradictã Neratij sententiam quæ Aristonis primùm fuit non eo tantùm casu locum habere quo res secuta sit ex parte venditoris tantùm, facta sc. per eum rei venditæ traditione, Sed illo etiã quo implementum è cõtrario secutum sit ex parte solius emptoris precio per eum soluto. An non.n.vtroq; casu eadem iuris ratio est, & eadem potestas pacti? Aut cur facilius sit vt emptor desinat ipso iure debere precium post rem à venditore traditam & eidem posteà restitutam, quàm vt vẽditor desinat obligatus esse ad rem tradendam post solutum ab emptore precium, quod ei subinde restitutum sit à venditore? Igitur cùm admittamus nullum deberi posteriore hoc casu laudimium, quidni etiam idem cõcedimus priore? Nõ insubtilis certè obiectio est, Sed quæ tamen ex iis quæ iam diximus dilui facile potest. Nec enim cùm de laudimiis quæritur illud inspiciendum aut curandum est an contractus sit resolutus necne. Sed illud solùm an ius aliquod vnquã fuerit quæsitum domino directo vt si quæsitum sit vel vno instanti nulla contrahẽtium pactione tolli & adimi ipsi debeat, si verò nullum quæsitum sit, libera maneat contrahentibus & impunita contractus resolutio, quamdiu in eo statu res est vt ex iuris ratione cõtractus resolui & infectus fieri possit, Siue integra mãserint omnia, vt *in d.l.1.C.quand.lic.ab empt.disced.l.2.& 3.l.cùm emptor 5.§.1.D. de rescind.vendit.* siue res iam secuta quidem sit sed ex vna tantùm parte vt *in d. l.ab emptione.* Itaque cùm dicimus, quod interpretes volunt, Ex contractu qui rebus omnibus integris resolutus sit nulla laudimia deberi. Nõ illa potissimùm ratione mouemur qua mouentur interpretes, quòd contractus ipso iure sit resolutus, & pro infecto habendus, sed quia resolutus sit eo tempore quo nullum domino ius petendi laudimij competebat. Similiter cùm dicimus, Ex contractu emptionis etiam re secuta sed ex parte emptoris tantùm id est soluto per emptorem precio, nondum autem traditione per venditorem facta laudimium quoque nullum deberi siue manente siue resoluto contractu, ad id duntaxat respicimus,

ſpicimus, quod nihil habeat commune ſolutio precij cum iure domini directi, cùm laudimia non propter ſolutionem precij ſed propter traditionem & inueſtituram debeantur, Vt proinde verum æquè ſit hoc caſu dicere nullum adhuc petendi laudimij ius domino acquiſitum fuiſſe, neque certum eſſe acquiſitum vnquam iri. At cùm defendimus quod interpretes negant deberi laudimium ex emptione quoties ſecuta res eſt non ſolùm ſi ex vtraque parte ſed & ſi ex parte venditoris tantùm, traditione per eum facta, licèt precio nondum per emptorem ſoluto, adeóque tametſi poſt eam traditionem reſoluta ſit emptio per pactionem conceptam ſecundum Ariſtonis & Neratij ſententiam *in dict. l. ab emptione.* Mouemur ratione illa certiſſima & inconuincibili quod negari non poſſit quin per traditionem à venditore factam ius quæſitum ſit domino petendi ac conſequendi laudimij cùm exinde emptor factus ſit dominus & poſſeſſor aut ſaltem poſſeſſor ex ea cauſa quæ per ſe iuſta ſit & habilis ad dominium transferendum. Quod vnum inſpiciendum eſt vt ſciamus an laudimium debeatur. Porrò vbi ſemel cœpit deberi, nulla ratio eſt cur domino ius ſuum auferatur ex ſola contrahentium pœnitentia & voluntate, *l. vlt. D. de pact. l. in inſulam 42. §. vltim. D. ſolut. matr.* Quod tamen contingeret ſi eſſet in eorum arbitrio vt quia nondum ſolutum eſſet precium, poſſent liberè ac impunè emptionem reſoluere in præiudicium domini. Hoc enim addendum eſt, ne quis fortè putet nos exiſtimare vt propter interpoſitum ius domini directi prohibeantur contrahentes reſilire à contractu iis caſibus quibus permiſſa ſit ex iuris ratione contractus reſolutio. Etenim quod ad contrahentes pertinet, quidni liceat eis vti iure communi etiamſi de re feudali aut emphyteuticaria contraxerint, acſi de re libera & allodiali contraxiſſent? Præſertim cùm hodie bona feudalia & emphyteutica ex generali conſuetudine redacta ſint ad inſtar patrimoniorũ, Vt in huius tractatus initio præfati ſumus. Perinde igitur poſſunt hodie cõtrahentes ſic paciſci vt emptionem reſoluant, iis omnino caſibus in quibus olim idipſum obtinebat, Satiſque eſt domino ius ſuum conſeruari vt in eius diſpendium non vergat, quod à contrahentibus etiam bona fide & permittente iure factum fuerit. Nec enim laudimia in pœnam debentur, vt monuimus, ſed in præmium inueſtituræ & admiſſi in poſſeſſionem noui emphyteutæ. At rurſum hæc eadem ratio facit vt non vſque adeò fauendum ſit contrahentibus, vt domini ius, quod omnium antiquiſſimum eſt lædatur, Dummodo tale ius ſit non quod poſſit cõpetere ſed quod iam competat, Ne alioquin dici paullatim incipiat quod vix adhuc quiſquam dicere auſus eſt, Ex contractu condicionali etiam priùs quàm condicio extiterit, laudimia peti poſſe, ob id ſolùm quòd condicio poſſit exiſtere, cùm tamen poſſit etiam non exiſtere, Aliter nec condicio eſſet. Quo exemplo dicendum etiam eſt, ſiue ſimplex venditio facta ſit quam neutra ex parte implementum ſecutum fuerit, ſiue ſecutum quidem ſit implementum ſed ex parte emptoris tantùm ſoluto per eum precio, nulla poſſe adhuc deberi laudimia quandiu traditio & adprehenſio poſſeſſionis ſecuta non eſt, quamuis ſequi poſſit, quia poteſt & non ſequi, aut propter contumaciam venditoris nolentis rem tradere, aut quòd mutuo partium conſenſu re adhuc integra vel ex vtraq; vel ex altera tantùm parte poſſit in totũ abiri ab emptione. Sed ſi neq; ſimplex venditio facta ſit ob ſecutum iam implementũ aliquod, neque ex parte emptoris in precij ſolutione implementum ſecutum ſit, ſed ex parte venditoris tãtùm qui rẽ tradiderit. Dicimus laudimium domino deberi, & quidẽ ita vt citra domini voluntatem nõ poſſit deſinere deberi, quoniam ex tempore traditionis

Digitized by Google

factæ ita quæsitum ius est domino vt non magis possit desinere quæsitum esse quàm illud fieri vt facta traditio pro infecta fiat. Imò, inquies, licèt traditio si facti etiam ipsa tamen pro infecta haberi potest, & haberi eā necesse est quoties post traditionē cōtractus resoluitur, vt in specie *d.l.ab emptione*. Quidni ergo dicemus in eâdem specie laudimium quoque quod semel deberi cœperat desinere deberi? Sed aperta dissimilitudinis ratio est, quia nihil absurdi est infectam fieri traditionem quantum ad contrahentes qui eam infectam haberi volunt. Non item quantùm ad dominum cuius voluntas nulla & factum nullum in pactione contrahentium intercedit. Atque ita Castrensis quoque sentit *in dict.l. 1.Cod.quand.lic.ab empt.disced.* nisi quòd ibi non loquitur de laudimio vt suprà iam obseruauimus, sed de gabella quam statutum aliquod quale est Bononiæ, deberi velit ex quocumque contractu. Quamquam & quod dicimus, Etiam traditionem licèt sit facti pro infecta haberi posse quod attinet ad contrahentes, non sic accipi volumus vt factum ipsum tradendi pro infecto habeatur, quod vtique nulla iuris aut hominis arte fieri potest, sed tantùm quod ad iuris effectum, vt dominium quod à venditore abscesserat, ad eum reuertatur, nec tamen sola pacti potestate sed potissimùm retrotraditionis quam diximus necessariò debere interuenire vt ex pacto ante retrotraditionem facto, resolutio sequi possit. Itaque si verum amamus non tam effectus prioris traditionis tollitur, quàm nouus retrotraditionis effectus inducitur, dominio venditori restituto per emptorem quod fuerat illi priùs acquisitum. Proinde non abs re dubitari magis possit an hoc casu duplex laudimium debeatur quàm vt quis cum interpretibus putet ne vnum quidem deberi. Si enim duplex sit traditio duplexque dominij & possessionis translatio, quidni multiplicatio traditionum inducet multiplicationem laudimiorum? Sed digna certè quæstio est quæ tractetur diligentiùs, & in sequentem Decadem ne hic longiores simus, differatur.

***

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XCVI.

ERROR I.

An ex resoluto contractu laudimium debeatur, & an simplex an duplex.

DISPVTARI solet à nostris hæc quæstio quoties aut de gabella tractant, aut de laudimio, An ex resoluto contractu aliquod debeatur, & an simplex, an duplex laudimium, an simplex aut duplex gabella. Ac primùm in eo omnes consentiunt vt debeatur, siue re non amplius integra, siue re quidem adhuc integra, sed ex interuallo contractus resolutio facta proponatur. Nam si in continenti facta sit non negant quod nos volumus, Ex simplici venditione laudimium nullum deberi. Sic Amed. à Ponte *quæst. laudim.* 38. post Ang. Castrens. Alex. & alios *ad l. iuris gentium 7. §. adeò autem D. de pact.* Iacob. Georg. *in tract. De royd. nu.* 29. *&* 33. Item in eo, vt ex ipsa contractus resolutione laudimium nullum debeatur, Ne tum quidem cùm ita conceptum esset statutum vt ex quolibet contractu laudimium deberetur. Contractus enim cuiuslibet resolutio non contractus est sed distractus *l. ex empto* 11. *§. is qui vina D. de action. empt. dict. §. adeò autem.* Ita Castrens. *ad l.* 1. *num.* 8. *Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Aliud autem longè est contrahere, Aliud distrahere *l.* 5. *§. is quoque D. de oblig. & actio.* Habent enim se vt contradictoriè opposita. Postremo in eo, vt gabella vel laudimium debeatur ex contractu resoluto tantùm, & consequenter vt vnica duntaxat gabella debeatur, & vnicum laudimium non duplex. Idque omnes indistinctè sentiunt. Nobis contrà videtur indigere rem aliqua distinctione. Quamquam enim non negamus Resolutionem contractus non esse contractum, ideóque admittimus libenter quod illi volunt. Ex contractus resolutione quatenus resolutio est nullum deberi laudimium, ne quid amplius de gabella dicamus, cuius diuersa in plerisque ratio est: Contendimus tamen fieri aliquando posse, vt ex vno eodémque contractu resoluto duplex laudimium debeatur: nec nisi quibusdam casibus interpretum sententiæ locum esse. Nam si quidem contractus resolu-

tio facta sit rebus omnibus integris, non dubitamus quin laudimium nullum debeatur, nec magis si ex interuallo quàm si incontinenti facta sit resolutio, vt superiore Decade & proximo capite disputauimus, quia neutro casu dici potest ius aliquod petendi laudimij acquisitum fuisse domino directo ante resolutionem, cùm non nisi ex translatione dominij vtilis aut saltem possessionis, vt toties diximus, obligatio laudimij nascatur. Si verò res desierit esse integra, non quidem ex vtraque parte, quo casu de resolutione contractus nihil tractari posset vt in præcedentibus ostendimus, sed ex alterutra duntaxat, dicimus multùm interesse an ex emptoris tantùm, an verò ex venditoris solius parte implementum secutum fuerit. Nam si ex parte emptoris tantùm qui precium iam soluerit re nondum tradita per venditorem, Admittimus non inuiti, quod placet interpretibus duplex laudimium hoc casu deberi non posse, At nō ratione illā quam ipsi adferunt, quod resolutus sit prior contractus, ex ipsa autem resolutione laudimium nullum debeatur, sed potiùs quòd nihil dum factum sit eorū, quæ fieri debuerant vt domino laudimium deberetur, non magis quàm si neutra ex parte secutum esset implementum, quia solutio precij nullam inducit rei emphyteuticariæ translationem, neque quod ad dominium, neque quod ad possessionem, adeóq; nec vllam eius translationis faciendæ necessitatem: Et ideò ab interpretibus in hoc ipso dissentio, quòd cùm illi simplex laudimium deberi velint, quippe quod debitum esse putent etiam ex simplici venditione nullo ex vtrauis parte secuto implemento, nos nullum deberi patimur, ne dum fauere domino volumus, iniuriam emptori faciamus, aut etiam venditori aduersus quem habiturus esset regressum emptor si laudimium soluere coactus fuisset. Quòd si ex parte venditoris tantùm res integra esse desierit ob rem ab eo traditam emptori qui nōdum precium soluerit & emptio resoluta sit per pactum eo modo conceptum quo concipi Aristo & Neratius voluerunt *in l. ab emptione 58. D. de pact.* hic verò casus est, in quo defendimus, quod ante nos nemo dixit, quamuis vnica tantùm venditio sit, eáque penitus & ipso iure resoluta, duplex tamē laudimium deberi, sed quod magis mirêre, neutrū ex venditione, neutrum ex resolutione, sed vtrumque ex traditione, quàm cùm hoc casu duplicem interuenire oporteat, duplex quoque laudimium ob eam causam deberi necesse est. Illud enim semper supponendum est ex quo tāquam ex Principio certissimo decidēdæ sunt omnes istæ De laudimiis quæstiones, Laudimia deberi ex sola trāslatione dominij vtilis, aut saltē coniuncta translatione possessionis. Vbi autē eiusmodi translatio nulla facta est, nulla quoq; laudimia deberi. In quo probādo, quia totā ferè superiorē Decadem consumpsimus, nō est hîc nobis diutiùs immorandū. Atqui cùm vēditor rē tradidit & conuenit vt retrotraditione eidē facta liberetur emptor ab obligatione soluendi precij, nec quicquam eo nomine præstare teneatur qui casus est Aristonis & Neratij *in d. l. ab emptione*, Nō potest negari quin duplex traditio intercedat, Prima quæ à vēditore facta sit emptori, & propter quā desierit res esse integra. Altera quę ab emptore vēditori per quā res tota in integrū restituatur. Nec illud rursum negari potest, quin per vtrāque istā traditionē dominiū transferatur simul cū possessione. Per primā quidem à vēditore in emptorē, Per alteram autē retrò ab emptore in venditorem. Ac de prima nemo dubitat, si quod in proposita quęstione ponendū necessariò est, vēditor fuerit dominus. Traditio enim quam ab eo fieri necesse est vt trāsferatur in emptorē possessio, transfert vtique hoc casu cum possessione dominium *l. ex empto 11. §. 1. D. de act. empt. l. traditio 20. D. de acq. rer. domin.* quia dominium hoc

casu

casu à possessione separari non potest *l. per procuratorem 8. Cod. de acquir. possess.* Idque adeò verum est, vt si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore hoc est ante traditionem heres domino rei extiterit, cogendus sit implere venditionem, vt loquitur Paulus *in l. si quis alienam 46. D. de act. empt.* id est non tãtùm possessionem transferre quam solam vendidisse videbatur, cùm alienæ rei dominium transferre in alium nemo possit, sed etiam dominium idque per traditionem perinde acsi ab initio & ipso venditionis tempore dominus iam fuisset: Nec enim recusare potest venditor quominùs hodie rem tradat, eo prætextu quod non possit hodie tradere, quin transferat dominium, quod tamen non transtulisset si cùm vendebat rem tradidisset, quasi plus hoc casu petere emptor videatur, quàm fuerit venditum, & quàm præstare venditor debuerit initio cõtractus inspecto. Etsi enim non tenetur venditor actione ex empto ad hoc vt dominium transferat in emptorem, sed tantùm vt rem tradat ex qua traditione sequatur translatio possessionis *l. 3. in princ. & §. 1. & pass. cod. tit.* Non tamen consequens est vt qui rem aliquam etiam alienam vendit, solam eius possessionem vendere intelligatur. Vendit enim rem ipsam quæ ex proprietate & possessione constat tanquam ex duabus partibus integralibus, longéque alia rei, alia solius possessionis æstimatio est licèt præcipuum ac penè totum rei emolumentum in possessione consistat *l. 3. §. vl. D. vti possid.* Vnde fit, vt qui rem alienam vendidit & tradidit obligatus sit de euictione *d. l. ex empto §. 1. l. in venditione 60. D. de euict.* quod dici non posset si non ad aliud quàm ad possessionis translationem teneretur. Nec iis assentiendum est qui supradictum Pauli locũ de eo venditore intelligũt, qui factus sit dominus, & heres domino extiterit post factã traditionem. Repugnant enim illa legis verba *& medio tempore heres ei extiterit.* Duo enim duntaxat tempora prudentes nostri hac in re agnoscunt, Venditionis & traditionis *l. si aliena 10. in princip. & l. pen. D. de vsucap.* aliàs *l. pen. D. pro solut.* Proinde medium tempus nõ aliud esse potest quàm quod sequitur venditionẽ & præcedit traditionẽ. Deinde illa *cogendus est implere venditionem.* Nihil enim aliud est impleri venditionem ex parte venditoris nisi rem tradere siue ex ea traditione sequatur translatio etiam dominij, siue possessionis tantùm. Vt namque per traditionem possessio transferatur, id verò principaliter primò & per se agitur. Vt verò etiam dominium transferatur, etsi hoc quoque agitur, non tamen fit neque agitur, nisi per consequentias. Itaque si poneres factam fuisse à venditore rei alienæ traditionem, antequàm is domino heres extitisset, deinde hereditatem domini ad hunc ipsum venditorem peruenisse, non ideò tamen actio vlla superesset emptori contra venditorem ad implendam venditionẽ per translationem dominij, quia iam semel tradendo eam impleuisset, nec fieri posset vt rem iam semel traditam iterũ traderet emptori, nec rursus vt dominium post traditionem acquisitum transferret sola voluntate ac citra traditionem in emptorem, & idcirco nec prohiberetur venditor eam ipsam rẽ quam vẽdidisset ac tradidisset, suo iure vindicare si non aduersus eum danda esset hoc casu exceptio rei venditæ & traditæ. Quo solo remedio emptori aduersus venditoris, iurisq; iniuriã succurri potest *l. 1. & pass. D. de except. rei vẽd. & trad. l. si à Titio 72. D. de rei vind.* Sed hæc ad Paulũ obiter dicta sint, vt inferam, quod ad institutã disputationẽ pertinet, Cùm ponimus implemẽtũ vẽditionis secutũ esse ex parte venditoris, sic intelligere nos debere vt & traditio facta sit, & ex ea traditione trãslatũ dominiũ quod fuerat vẽditoris. Quo admisso, illud etiã admittendũ necessariò est, Per retrotraditionẽ quã emptor vẽditori fecerit ad resoluẽdã vẽdi-

tionē,æquè dominiū translatū esse ab emptore in venditorē oportere, Alioqui nō essent omnia in integrū restituta si non redderetur venditori dominiū quod antè habuisset: quomodo tamē omnia in integrū restitui oportet vt perinde resolui possit contractus etiā re secuta, acsi integra māsissent omnia *d.l.ab emptione 58.de pact.* Nec est quod quis dicat, Nō posse per hanc retrotraditionē transferri dominiū, quasi nuda esse videatur nullo intercedēte cōtractu retrouenditionis *l.numquam nuda 31.D.de acq.rer.domin.* Non.n.nuda dici potest quæ pro causa iusta habet pactū bona fide appositū circa contractum bonæ fidei ad contractū quoq; ipsum ex bona fide resoluēdū, vt proximo capite Decadis superioris docuimus. Et cùm iā probauerimus nō aliter posse ex pacto illo in integrū omnia restitui, quàm si dominiū, quod per traditionē à vēditore abscesserat, per retrotraditionē ad eundē reuertatur, vel ex hoc intelligimus per demonstrationē saltem à posteriori, Retrotraditionē illam nudā esse nullomodo posse, Non magis quàm si fieret ex potestate & necessitate præcedētis alicuius retrouenditionis. Ergo quēadmodū si aliqua retrouenditio interuenisset, nemo esset vel ex ipsis interpretibus qui dubitaret, quin laudimiū duplex deberetur, vnū ex vēditione vt loquuntur, alterū ex retrouēditione, Ita & in proposita specie dicēdum est ex Principiis iuris, quæ nō ex contractu aliquo sed ex traditione tantùm quę secuta sit deberi laudimiū volūt, duplex in hoc casu deberi laudimiū domino directo, Vnū propter priorem traditionem quæ ex vēditione secuta sit, Alterum propter subsecutā retrotraditionē, nulla etiam interposita retrouēditione. Si enim tantam potestatē habet illa retrotraditio ad reddendū venditori dominiū, quantā habuerat prima traditio ad dominiū illius rei in emptorē transferendū, Quidni eandem habebit potestatē etiam in eo de quo quærimus, vt ex ea quoq; perinde atque ex priore laudimium domino debeatur? Aut quid amplius est in priore quàm in posteriore cùm per vtramque non possessio sola transferatur sed etiam dominium? Nam si differentiam ex eo velis petere, quod prior traditio habeat venditionem pro causa, posterior verò nullam habeat retrouenditionem, Iam diximus non esse contractum inspiciendum sed traditionem, nec rursum an traditio ex aliquo contractu præcedente facta sit, sed tātùm an sit nuda necne, Et ob id tantùm solere nos ponere contractum aliquem præcessisse vt appareat traditionem eo casu non esse nudam & velut exempli loco, vt *in d.l. numquam nuda.* Cæterùm si citra cōtractum aliqua causa subsit eáque iusta traditionis faciendæ, non minorem traditionis fore potestatem ad transferendum dominium quàm si contractus aliquis præcessisset. In proposito autem tametsi retrouenditio nulla interuenerit, dicimus tamen iustam esse causam retrotraditionis iusto pacto intercedente, vt loquitur Papin. *in l.Stichum 95. §.naturalis De solut.* Iustum autem esse pactum quodcunque adiicitur contractui bonæ fidei etiam ex interuallo quandiu implementum ex alterutra parte nondum secutum est, vt liberetur is qui adhuc obligatus manet, dummodò reddat omnia quæ ex eo contractu acceperat. Id enim ex bona fide est, ad quam hæc omnia redigenda sunt quæ circa bonæ fidei obligationes occurrunt *dict. l.ab emptione.* Non igitur eo minùs debebitur ex hac retrotraditione laudimium, quòd retrouenditio nulla præcesserit. Nam neque retrouenditio effectum alium habere posset, quàm vt traditionem faceret non nudam *dict. l.numquam.* Cùm ergo aliunde habeat retrotraditio vt nuda non sit, id est à iusta illa pactione licet ex postfacto & non omnibus integris adposita, Cur non eundem habeat effectum, & quod ad dominium transferendum, & consequenter quod ad laudimium

miuim

mium præstandum? Itaque non est bona consecutio, si quis cum interpretibus dicat, Vnicum esse in hac specie contractum, Vnius scilicet venditionis, quod nos admittimus, Ergo non nisi vnum laudimium deberi. Quinimò tutiùs mecum sic argumentari liceat, Duplex hoc casu traditio intercessit, vtraque vera, & iusta, neutra verò nuda, ita vt duplex & possessionis & dominij translatio secuta sit, Ergo duplex laudimium debetur. Quamquam non nego esse hunc valde singularem casum in quo duplex traditio fiat ex vno eodémque contractu, quarum vna sit contraria alteri, & tamen vtraque ex eiusdem contractus potestate accipiat vt non sit nuda. Sed illud mirabilius est, quòd ex hac traditione duplici duplex laudimium debeatur quamuis contractus non solùm vnicus sit, sed etiam resolutus. Esset enim multò facilius & procliuius in eam ire sententiam vt ex contractu qui esset ipso iure resolutus laudimium nullum, quàm vt duplex deberetur: Et tamen aut nihil in toto iure nostro est quod verum adfirmari possit, aut nihil verius, quàm quod volumus. In specie illa quam tractamus post Aristonem & Neratium *in dict. l. ab emptione*, duplex laudimium domino directo deberi.

ERROR SECVNDVS.

Si venditor nolit recipere rem venditam oblatam ab emptore ex pacto resolutiuo.

PRÆDICTA locum habent si res à venditore tradita emptori, eidem sit retrotradita ab emptore in consequentiam & executionem pacti resolutiui, vt *in l. ab emptione* 58. *D. de pact.* circa cuius speciem & interpretationẽ adhuc versamur. Sed quid si post eiusmodi pactum adhibitum offerat emptor venditori retrotraditionem ad hoc vt ex pacto resoluatur venditio, & ex ea resolutione liberetur ipse à necessitate soluendi precij nondum soluti. Venditor autem nolit rem recipere, quòd eum fortè pacti resolutiui pœniteat, malitque rem habere? An permittemus venditori hoc casu vt contra emptorem agat ex vendito ad precium efficaciter, ita vt nulla exceptione repellatur? An potiùs cõuento emptori exceptionem pacti accommodabimus, ne contra fidem conuentionis ab emptore vrgeatur? Nec aliena quæstio est ab instituto tractatu de laudimiis. Cùm si dicamus, posse cogi venditorem vt inuitus retrotraditionem accipiat non eo minùs futurum sit vt laudimium domino præstare teneatur, tanquam habenda retrotraditione illa pro facta in præiudicium venditoris per quem solum stat ne fiat offerente illam emptore: Quod non æquè dicendum esset si venditori liceret pro arbitrio suo pactionem eam resolutoriam inuito emptore irritam facere, quia tunc traditio illa secunda neque sequeretur vnquam, neque haberetur pro secuta in præiudicium venditoris qui eam iure suo recusasset. Fuit autem hæc quæstio, ne illam vel penitus otiosam vel otio tantùm nostro adscribendam putes, iam olim apud interpretes tractata, vt refert Accursius noster *ad d. l. ab emptione in fin. & ad l.* 1. *&* 2. *Cod. quand. lic. ab empt. disced.* vbi ait putasse quosdam iuuandum esse emptorem exceptione pacti si à venditore conueniatur ad precium, nec ei posse denegari exceptionem ex pacto quantumuis nudo,

Digitized by Google

Ex vulgari & generali regula iuris Prætorij de qua *in Liuris gentiũ.7.§.igitur nuda D.de pact.* Ipse tamen cõtrà sentit, & ipsius sententiam pleriq; omnes magis probãt, vt Castrens. inter cæteros *ad d.l.1.nu.7.* Ratione adferũt, quia sicut venditori qui rẽ tradidit nõ posset ea pactio resolutoria prodesse ad dandam ei actionem contra emptorẽ vt rẽ traderet, quam tradere fortassis nollet, ita è cõuerso cùm vult emptor rem retrotradere, non vult autẽ venditor accipere, quod precium habere & in cõtractu venditionis præstare malit, non sit dãda emptori exceptio, vt inter contrahentes seruetur æqualitas. Sunt.n.hæc ipsa ferè verba Pauli Castrensis supradicto loco. Ac quoniam valde obstare videt regulam illã iuris prætorij quæ ex nudo quolibet pacto dat exceptionẽ. Respondet Accursius *in d.l.2.* Esse sanè hoc mirabile, sed vt mirũ hoc magis quàm falsum videatur, Ait ex ea ratione id fieri quod pactum huiusmodi resolutorium non in eam causam interponatur vt pariat exceptionẽ, sed tãtùm vt venditionẽ resoluat: Vnde, inquit Castrensis si non operatur resolutionẽ nec operabitur exceptionẽ & liberationẽ quam operaretur si esset interpositũ principaliter ad liberandũ. Et ita subtiliter, inquit, intellige istam glossam: Subtiliter sanè si modò verè. Quid.n. subtilius, quàm quod tam absconditã habet rationem vt nec indagando eam diligẽter & inuestigando assequi vnquam possis? Ego neque cum Accursio sentire possum qui in hac specie dat venditori actionem efficacem contra emptorẽ ad precium, neque cum aliis qui emptori exceptionem accommodant, sed emptore offerente retrotraditionem & venditore recusante. Dico, Esse nihilominùs venditionem resolutam ipso iure, & emptorem vsque adeò preciũ debere desinere vt nulla indigeat exceptione, nec vllam timere debeat venditoris actionẽ quæ nec amplius vlla competat, nec proinde dari possit. Verùm hæc ita tamen si aduersus fraudem & malam fidem venditoris se subtrahentis fortasse ac improbè aduersus placita venientis emptor sibi prospiciat denunciationis & obsignationis depositionísque remedio, Vt scriptum est *in l.si à te 7. Cod. de pact. int.empt. & vendit.* quæ lex diuersam quidem habet speciem sed non dissimilem, ni fallor, rationem. Proponebatur quidam fundum alij certo precio vendidisse, & in ipso contractu, aut quod idem est, incontinenti conuenisse vt si intra certum tempus soluta & restituta esset à venditore quantitas precij quæ data fuisset per emptorem, fundus fieret inemptus. Emptor precium siue totum, siue pro parte [nihil enim hîc refert] soluerat venditori. Posteà cùm venditor irritam venditionem ex pacto facere vellet, recusabat emptor, & vt interim laberentur tempora intra quæ precij restitutionem fieri oportebat, ne solui ei posset se subtrahebat suíque copiam denegabat. Miser & anxius venditor ne rei suæ iacturam incurreret consulebat Imperatores, petebátque vt quoniam emptor in ea re dolo malo versabatur, & contra bonam fidem quæ in venditionibus maximè obseruanda est, ea pactio ex imperiali rescripto remitteretur, Non quasi totius pacti rationem penitus nullam haberi vellet [fuisset enim ea res ipsi damnosior quàm emptori, qui si tale pactum nullum esset vtique rem à se emptam retinere in perpetuum iure dominij, & bona fide posset] at quia tolli volebat ex pacto adiectionem illam temporis intra quod restituendum erat precium, vt sublato temporis incommodo liberũ ei esset quandocunque restituendo precium rem suam recipere, vt *in l.2.eodem tit.* Rescribunt autem Imperatores, Nõ esse iustam petitionem vt rescripto imperiali remittatur iusta conuentio apposita in contractu bonæ fidei, & quæ legem ei dederit, fortassis etiam causam cùm credibile sit non aliter fuisse emptorẽ contra-

ctururn

&rurum, vt *in l.vltim.eod.tit.* Sed aduersus fraudem emptoris qui se subtrahebat ne intra tempus præstitutum solui ei posset, posse venditorem sibi consulere remedio denunciationis,& obsignationis ac depositionis. Vt & *in l.2.in fin.C.de iur.emphyt.l.acceptam 19.Cod.de vsur.l.vltim.D.de leg.commiss.* Nempe quia legitimè facta obsignatio, id est post denunciationem testatò factam ac congruo loco & tempore vim solutionis obtinet *l.obsignatione 9.Cod.de solut.* Vt proinde videatur venditor satisfecisse pacto per æquipollens si modò intra præscriptum tempus pecuniam precij absente per fraudem emptore deposuerit & obsignauerit. Quod igitur in persona venditoris rescriptum est ab Imperatoribus. Quidni in proposita specie admittemus etiam in persona emptoris si fortè venditor cui reddi res ex pacto debuit aut latitet, aut quo alio modo per fraudem & sine causa recuset rem à se venditam recipere, Vt nimirum post factam denunciationem legitimam si res sit mobilis eam deponat emptor, si immobilis, declaret constituere se eam rem non sibi, sed ipsius venditoris nomine possidere, nec recusare quominùs eius possessionem authoritate propria ingredi & occupare venditor possit. Quid enim aliud facere emptor queat in ea re quæ obsignationis & depositionis remedium non patiatur? Quidni ergo in hac specie habeamus rem tradendam pro tradita in præiudicium morosi venditoris? & consequenter emptorem qui adhuc precium debeat, pro liberato? Nec enim verendum est vt hoc casu quisquam obiiciat emptori non debere illum & rē habere & precium, cùm possessionem rei non solùm amiserit quæ amittitur statim atq; constituit quis nolle possidere *l.si quis vi 17.§.differentia D.de acquir.possess.* Sed etiam transtulerit eam quantum transferre potuit in venditorem per constitutum, cui si consentire vēditor velit exinde possessor factus videri debeat, si nolit, imputandum habeat suæ fraudi & malæ fidei, quod noluerit, vt precij ab emptore inuito & contra pactum exigendi colorem hunc sibi quæreret. Alioquin an non fuerit iniquissimum in arbitrio venditoris ponere, vt priuet emptorem commodo sui pacti, & impediat vel auferat ei partam ex pacti causa liberationem? Fateor non posse per pactum fieri, vt cogatur emptor venditori rem retrotradere quoniam ea res ad nouam obligationem constituendam pertinet, vt scriptum est *in dict. l. ab emptione in fin.* Saltémque necessaria esset stipulatio non ad resoluendam venditionem quod per stipulationem non magis quàm per nudum pactum fieri potest, vt superiore Decade contra Castrensem disputauimus. Sed pacto ita concepto vt Aristoni & Neratio placuit, id est vt re vendita quæ iam tradita fuit, retrotradita venditori, non cogatur emptor precium præstare. Dico non posse quidem cogi emptorem vt retrotradat si nolit, sed posse venditorem cogere vt rem accipiat, Neque ob id iniquum pactum videri debere, quod hoc modo non seruetur inter paciscentes æqualitas *arg.l.si socius 81.D. pro socio.* Nam imò verò si respicias effectum pacti, seruatur æqualitas in hac specie, cùm non aliter possit emptor ex hoc pacto cōsequi liberationē quàm si priùs rem quam accepit, reddiderit venditori: quo facto cùm sint omnia in eo statu in quo erant priusquàm facta venditio fuisset, quid obsecro superest in quo vel minima inæqualitas obseruari possit? Si verò media omnia intueare per quæ ad hunc effectum perueniri possit, non nego inæqualitatē illam esse quòd in potestate vēditoris non sit emptorem cogere vt vel precium soluat præcisè, vel rem venditam & traditam præcisè reddat, quomodo in potestate emptoris est, vt venditorem cogat præcisè rē accipere. Sed dico nihil in eo esse absurdi aut iniqui,

cùm huiuſmodi pactum non tam venditoris quàm emptoris gratia interpoſitum ſit, quod vnum maximè inſpiciẽdum eſt vt ſciatur cui prodeſſe pactum debeat, aut cui nocere *l. in ratione 50. §. tametſi in fin. D. ad l. Falcid. l. Lucius 40. in fin. D. de fideic. libert.* Interpoſitum autem fuit emptoris gratia ad liberandum eum à ſolutione precij, quia nec indigebat vẽditor vt liberaretur, cùm iam rem tradidiſſet. Ad quod vnum actione ex empto tenebatur. Et quamuis admitteremus quod ex veteribus quidam voluerunt, dandam emptori ex huiuſmodi pacto exceptionem ſi à venditore conueniatur ad precium non etiam actionem venditori ad precium conſequendum, nulla tamen in eo eſſet inęqualitas. Cùm exceptionis natura non patiatur, vt actori accommodari poſſit niſi ad vſum replicationis. Imò eſſet inæqualitas maxima ſi ex eo pacto daremus venditori actionem quemadmodum emptori exceptionẽ, cùm multò minùs ſit exceptionem habere quàm actionem. Quamquam nec ratio iuris hoc ferre poteſt vt ex eodem pacto & venditori detur actio, & emptori exceptio, perinde atque vt ex eodem ore poſſis eodem inſtanti & flare & ſorbere. Deniq; id actum eſt huiuſmodi pacto inter paciſcentes, vt à tota venditione recedatur ex vtraque parte tam venditoris quàm emptoris. Ex parte quidem venditoris reddendo ei rem venditam & iam traditam. Ex parte autem emptoris liberando eum à precio, vt ea liberatio ſit pro precij reſtitutione quam fieri oporteret ſi iam ſolutum eſſet vt omnia in integrum vtrimque reſtituerentur. Cæterùm quænam iniuria venditori facta videri poteſt in eo quod dicimus cogi eum rem quam vendiderat recipere, cùm ita voluerit & per pactum conuenerit? Aut cur ei permittamus vt mutet voluntatem in emptoris damnum & iniuriam? Quænam rurſus in eo quod nec illi permittimus, vt poſſit agere contra emptorem ad precium, ſi emptor malit, paratúſque ſit rem reddere, Cùm id fieri nequeat ſaluo pacto & ſalua bona fide, ex qua ſunt æſtimanda hæc omnia *dict. l. ab emptione.* Nihil facit contra pactum emptor, ſi nolit rem reddere, malítque precium debere, quia cùm in eius fauorem pactum ſit interpoſitum, vt diximus, non eſt cogendus vt iure ſuo inuitus vtatur *dict. §. tametſi l. penult. Cod. de pact.* Itaque retrotraditio quam facere debet non tam in obligatione eſt aut in petitione, quàm in præſtatione, quemadmodum dicimus in penu legata hoc modo *Heres meus Titio penum dato ſi non dederit centum dato l. 1. D. de pen. lega. l. 1. §. item ſi ita D. ad leg. Falcid. l. cùm ſine 19. l. ſi penum 24. D. quand. dies legat. ced.* Eſtque in ipſius arbitrio vt rem retrotradat, ſi velit, etiam inuito venditore, non retrotradat ſi nolit, etiamſi maximè venditor malit rem ſuam habere. Debuerat enim venditor ſibi cauere aut per ſtipulationem aut ſaltem per pactum incontinenti appoſitum, vt *in d. l. 2. & l. ſi à te 7. C. de int. empt. & vendit.* Si id agebat vt de re vendita ſibi retrotradenda emptorem obligaret. Nec tamen eſt in arbitrio & poteſtate emptoris vt & rem & precium retineat, nec proinde vt non cogatur rem reddere ſi à precio liberari malit. Vnde fit vt tantundem conſequatur venditor inuito emptore, quod ad hoc vt res ei retrotradatur, quantùm poſſet conſequi ſi de ea re actionẽ haberet ſiue ex vẽdito, ſiue ex ſtipulatu. Quid. n. aliud conſequi poſſet niſi vt res retrotraderetur? Niſi quòd retrotraditionem illam præciſè vrgere non poteſt; quemadmodum nec poſſet ſi nullũ de reſoluenda venditione ac de emptore liberando pactum interceſſiſſet. Quare nec emptori ipſi pactũ hoc ad aliud prodeſt quàm vti ne cogatur preciũ ſoluere, ſi malit rẽ reſtituere. Sed hoc ipſum ita tamẽ, vt non ideò venditori actio ex vendito ad preciũ auferatur. Remanet. n. illa ſalua, & quidẽ cum effectu adeò vt nullam exceptionem pati poſſit

si tam negligens sit emptor in retrotradendo vt de precio secũ litem contestari patiatur. Nam cùm pacti resolutiui nulla sit potestas ad resoluendũ contractũ venditionis quousq; impleta sit condicio sub qua venditionem resolui paciscẽtes voluerunt. In proposito autem ablatiui illi absoluti quibus Aristo & Neratius vtuntur in concipienda huius pacti formula *rursum præstitis mihi à te in re vendita omnibus quæ ego præstitissem* faciant condicionem licèt non exprimant figuram condicionis *l. à testatore* 109. *De condic. & demonstr. d. §. tametsi*, omnino consequens est vt ante factam ab emptore retrotraditionem non possit resoluta dici venditio nec proinde liberatus debitor à solutione precij quod actione ex vendito præstare debeat venditori. Nam quandiu venditio superest, tamdiu actionem quoque ex vendito superesse fatendum est, quæ tùm demùm perit cùm venditio resoluitur. Proinde si nullum pacto insit tempus intra quod retrotraditio illa fieri debeat [totum enim illud tempus emptori liberũ esse deberet vt non priùs conueniri posset] nihil vetat venditorem quandiu retrotraditio neq; facta, neq; oblata est, conuenire statim emptorẽ, ducere illũ ad album Prætoris, & ostendere qua actione contra eũ sit acturus, Actione scilicet ex vẽdito si malet emptor contendere quàm cedere, Tùm vocare illũ in ius, Postremò litẽ cum eo contestari. Quæ omnia dũ fiunt, habent verò sua spatia & interualla, liberũ adhuc est emptori retrotradere, etiã inuito venditore. Sed post litẽ contestatã liberum amplius non est propter nouam obligationem quæ per litis contestationẽ contrahitur *l. 3. §. idem scribit D. de pecul. d. l. 1. D. de pen. legat. d. l. cùm fine* 19. *D. quand. dies leg. ced.* Id. n. est quod dici solet, Per contestationẽ nõ solùm nouationẽ fieri, sed & quandam veluti delegationẽ *l. delegare* 11. *§.* 1. *l. aliã* 29. *D. de nouat. & deleg. l. si Titius* 9. *D. de verb. obl.* in illis verbis *finẽ dandi alteri fore quando* [sic enim lego nõ *quoad*] *iudicium acciperetur*. Quæ cùm ita sint, apparet nullã in hac specie venditori iniuriã fieri ex eo quòd tale pactũ volumus emptori prodesse, cùm nihilomagis tollat venditori actionẽ ex vendito, quæ licèt non soleat cõpetere nisi ad preciũ, hîc tamen hoc amplius habet quod etiã retrotraditionẽ extorquere potest, non quidẽ principaliter primò & per se, sed per accidens & necessitate vt loquuntur, causatiua, id est metu condemnationis ad preciũ, solutionem verò precij potest quidẽ ex sua natura extorquere, sed nõ præcisè quomodo si pactum nullum resolutorium intercessisset vt eo demùm casu quo nolit emptor ante contestationem rem retrotradere. Apparet etiã ex superioribus quàm parum subtiliter fecerint veteres illi contra quos Accursius disputat qui in quæstione ista dabant emptori exceptionem pacti cõtra venditorem præcisè agentem ad precium. Etenim cùm nõ detur exceptio nisi à Prætore in dictanda actionis formula & eo tẽpore quo datur actio ac proinde post litẽ contestatã, lite verò contestata de precio, iam non sit liberũ emptori pactũ implere, ac rem venditam retrotradere. Cõsentaneũ est vt nulla emptori exceptio accommodari possit, aut debeat: Itémq; vt ante cõtestationẽ, quo tempore pacti commodũ habere debet, nulla indigeat exceptione, nõ ob id solùm quod nulladũ actione cõueniatur, sed etiã quia ex pacto ius habeat & facultatem retrotradendi ad litẽ vsq; contestatam. Quod si faciat erit ipso iure liberatus potestate pacti resolutorij, nec proinde vllam timebit actionem contra quam implorare debeat auxilium alicuius exceptionis, Nec tãtùm si retrotradiderit, sed etiamsi recusante venditore ea fecerit, quæ suprà diximus quia cùm pro eo non pro venditore pactũ hoc interponatur, per eũ stare debet non per venditorem quominùs fiat retrotraditio vt liberatio eius impediatur. Quemadmodum nec

vlla indiget venditor actione ex pacto ad consequendum precium cùm ei sufficere debeat actio venditi quā habet ex contractu. Verū igitur est vtrumq; quod contra interpretes omnes defendimus, Neq; audiendum esse venditorē si in hac specie precium exigere ab emptore omnino velit cōtra fidem pacti, neq; tamē dandam emptori aduersus eum exceptionem qua se tueatur, cùm dignus non sit cui æquitate vlla exceptionis succurramus si tā negligens fuerit in retrotradendo vt litem de precio secū contestari passus sit. E contrario aūt falsum est quod Accursius, Castrensis & alij supponunt pactū hoc nō interponi principaliter ad liberandum emptorem, sed tantùm ad venditionem resoluendam. Nā imò verò cùm interponatur eo tempore, quo iam re per venditorem tradita solus emptor sit obligatus ad precium soluendum non aliud per hoc pactum agi pōt quàm vt emptor liberetur. At quia non est ex bona fide vt precium debere desinat quādiu rem retinet, necesse est ad inducendam ipso iure liberationem fieri pactum resolutorium & consequenter in pactum deduci retrotraditionē, non quasi tale aliquid, quod principaliter agatur, sed tanquam necessarium antecedens, & cōdicionem sine qua resolui venditio non posset. In summa pactum resolutorium nullū esse potest quod non sit liberatoriū, quia si neuter ex contrahentibus maneat obligatus quod iam ex vtraque parte implementum secutum sit, & tamen contrahentes velint & consentiant vt à toto contractu discedatur, inutilis est in eam rem vsus pacti resolutorij, & ad nouum contractum nouásque obligationes necessariò descendendum est, nisi ponas tale pactum resolutorium adhibitum fuisse in ipso contractu venditionis, aut quod idem est incontinenti post cōtractum, vt *in d.l.2.& d.l.si à te 7.C.de pact.int.empt.& vendit.* In eóque videtur mihi errasse Accursius, *ad d.l.1.C.quand.lic.ab empt.disced.* vbi notat pactum resolutorium interpositum re secuta non parere actionem vt quod datum est retrotradatur etiamsi tale pactum fiat incōtinenti. Nam si intellexit de pacto incontinenti post cōtractum facto, malè sensit & contrà leges supradictas aliásq; sexcentas quæ ex pacto incontinenti addito post contractum dant actionē. Et quidem ex ipso contractu si sit bonæ fidei *l.iuris gentium 7.§.quinimò D.de pact.l.legem 10.l.in bonæ fidei 13.C.eod.* aut præscriptis verbis si ex contractu stricto *l.rebus 6.l.vlt.C.de rer.permut.l.legem 9.Cod.de donat.l.frumenti 17.C.de vsur.* vel ex stipulatu vt *in l.lecta.40.D.de reb.cred.* si verò intellexit de pacto apposito incōtinenti post traditionem, ridicula adnotatio est, quia & stultum esset pactū quod traditionis tēpore fieret aut incōtinēti post traditionē de eâdē re retrotradēda, adeóq; dominij translationem impediret, quemadmodū dicimus non alienari nummos qui sic tradūtur, vt statim recipiantur *l.qui sic soluit 55.D.de solut.* Nec posset vnquā eiusmodi pactū sumere vires, ex præcedente cōtractu, quia nō pōt nō ex interuallo appositū esse cùm traditio inter contractū, & pactū intercessit.

ERROR TERTIVS.

De interpretatione l.1.C.quand.liceat ab empt.disced.

AD superiorem tractatū pertinet interpretatio *l.1.& 2.C.quand.lic.ab empt.disced.* in quibus explicandis primus ille & communis omniū interpretū error est, quem nos iam refutauimus quod putāt iis legibus locum esse siue ex vtraq; parte siue ex alterutra tantùm venditio impleta sit, vt perinde vtroque casu per pactū resolutoriū venditio

venditio resolui possit si modò emptor spōte rem retrotradat,& preciū emptor restituat,licèt retrouenditio nulla intercedat.Nos verò probauimus nullā penitus esse vim pacti resolutorij quoties vtrimque res secuta est, sed eo tātùm casu quo alteruter contrahentium maneat obligatus aut venditor ad rem tradendā, aut emptor ad soluendum precium.Neq; hac restrictione cōtenti sumus,sed illam addimus, vt pactum resolutoriū eo modo cōceptum esse oporteat,quo Aristo concipiebat,cuius sententiam refert & probat Neratius *in d.l.ab emptione 58. D. de pact.* id est ita vt retropræstitis his quæ aut venditor emptori aut emptor venditori præstiterit,nihil alter contrahentium qui ex parte sua contractum nō impleuerat,præstare teneatur.Quod etsi nemo ex interpretibus obseruauit, idē tamen & prudētibus nostris & Imperatoribus placuisse,argumēto maximo sunt duæ illæ leges *1.& 2.C.quand.lic.ab empt.discced.* In vtraq; præfantur Imperatores diuersis verbis sed eodem sensu quod expressius ait *l.2.*Perfectam emptionē ac venditionem re tantùm integra pacto & consensu dissolui posse,Propter rationem quæ additur *in l.1.*quia quod consensu contractum est contrariæ voluntatis adminiculo dissoluitur. Sed addunt quod ex hac propositione sequitur necessariò , Ergo si res secuta sit nudam voluntatem, non resoluere emptionem si non actus quoque priori similis retroagens venditionē intercesserit.Quod Accursius noster sic intelligit siue res tantùm tradita sit à venditore nec preciū solutum ab emptore,siue precium duntaxat ab emptore solutum sit, nec res tradita à venditore, siue vtrimq; secutum sit implementum per traditionem rei & numerationem precij, Sed malè siue rationem siue earum legum verba inspicias. Nam quod ad rationem attinet iam probauimus nullomodo per pactum ex interuallo adpositum fieri posse vt post rem vtrimque secutam, & sublatam extinctámque empti & venditi obligationem venditio resoluatur ipso iure,Sed eo tantùm casu quo superfit obligatio ex alterutra parte,quod non aliter euenire potest quàm si implementum ex vna tantùm parte secutum sit vt *in dict. l. ab emptione.* si verò vtriusque legis verba inspicimus, Imperator Gordianus cuius prima lex est, ponit duntaxat interpositam fuisse traditionem quod haud dubiè intelligendum est de traditione rei venditæ facta per venditorem, non etiam quomodo idem Accursius interpretatur de traditione precij.Solus enim venditor ille est qui obligatur ad tradendum, quia traditione rei venditæ liberatur tùm quoque cùm alienam rem vendidit, Nisi quod hoc casu manet obligatus de euictione,Emptor autem non ad tradendum obligatur sed ad dandum, quia preciū cogitur facere emptor venditoris,& eius pecuniæ quā pro precio soluit, transferre dominium in venditorem *l.ex empto 11.§.1.D.de action.empt.*iunct. *l. vbi autem 75.§.vltim. De verb.oblig.* Siue quòd pro pecunia non possit agi ad id quod interest nisi ratione loci & temporis *l.3.D.de in lit.iur.l.3. De eo quod cert. loc.*Siue quia pecuniæ nullus sit vsus quin consumatur,consumi autem nequeat quin dominium eius in accipientem transferatur, quod fieri non posset, per venditorem,si emptor qui precium soluisset dominus pecuniæ nō fuisset. Nam & pecuniarum vsus à primis temporibus introductus fuit vt subueniret difficultatibus permutationum, ex quibus dominium vtrimque transferri oportebat, & etiamnum oportet *leg.1. D. de contr. empt. & leg.1. D. de rer. permut.* Cùm igitur Gordianus non tractet nisi de traditione post venditionem interposita satis intelligimus non alium ab eo casum tractari quàm quo res secuta sit ex parte venditoris tantùm non etiam ex parte emptoris. Qui casus ille ipse est quē Aristo & Neratius proponūt *in d.l.ab emptione.*Ex cōtrario aūt Imperato-

Digitized by Google

res Diocletianus & Maximianus quorũ est lex 2. duos alios casus tractãt: quorũ primus est, si arræ nomine aliquid datum sit. Alter verò si pars precij soluta fuerit ab emptore; res autem tradita non sit à venditore. Aiunt enim ex pacto resolutorio quod post eam solutionem factum sit, nullam actionem emptori competere ad repetendam quantitatem quam dederit, sed tantùm actionem ex empto contra venditorem ad ea præstanda quæ illum ex vẽditione præstare oportet, quod ipsum nihil aliud est quàm ad rem tradendã. Traditio igitur in ea specie de qua consulti erant Imperatores nondum facta fuerat. Proinde si quis cum interpretibus sentire velit, Pacti resolutorij ex interuallo adhibiti eam vim esse posse, vt etiam post rem vtrimque secutam resoluat cõtractum emptionis, alios necesse est vt nobis textus adferat quàm quibus interpretes mouentur. Sed hic primùm ille scrupulus occurrit secundum ea quæ suprà diximus. Cur non ergo in supradictis Imperatorum rescriptis non resoluatur venditio ipso iure perinde atque in specie *d.l. ab emptione*, in qua proponebatur secuta traditio ex parte venditoris nec eo minùs tamẽ ipso iure emptionem vsque adeò resolui placet, vt emptor precium quod nondum dederat, ipso iure desinat debere. Respondeo non aliam aut diuersitatem facti, aut diuersitatis rationem adferri posse, quàm quæ à nobis iam allata est in præcedentibus, quòd apud Imperatores non proponeretur conceptum pactum eo modo quo conceptum esse oportebat vt resoluendæ venditionis potestatem haberet. Conuenerat enim simpliciter post rem à venditore traditam in casu legis primæ, & post solutum ab emptore precium in casu legis secundæ, vt venditio irrita fieret, & ab ea vtrimque discederetur. Quod certè post rem quoquomodo secutam fieri nullomodo potest, quia vt emptor cogatur rem venditam & acceptam retrotradere, aut venditor solutũ sibi precium restituere, fieri nequit, quin obligationes nouæ contrahantur, & nõ tam prioris cõtractus resolutio, quàm nouus contractus fiat, vt Neratius ipse disputat *in d. l. ab emptione in fin.* In eo itaque peccatum fuerat, quod sic concipi pactum debuerat quomodo apud Aristonem & Neratiũ, Vt retrotradita re vẽdita nihil emptor precij nomine præstare teneretur, Aut contrà vt precio per emptorem restituto venditor rem tradere non deberet, In qua formula retrotraditio facienda per emptorem, aut restitutio precij facienda per venditorem cùm in obligatione non ponatur, sed tantùm in præstatione, nullum cõtractum nouum exigit, nullum inducit. Vt proinde nullo contractu nouo intercedente necesse sit priorem subsistere quandiu resolutus non est, & interim capacẽ esse resolutionis quandiu aliqua superest obligatio siue ex parte tantùm venditoris, siue ex parte tantùm emptoris, quæ resolui, & ipso iure extingui possit. Igitur si ex parte emptoris retrotraditio post pactum hoc modo cõceptum facta sit liberatur emptor ipso iure à solutione precij. Adeò vt actio ex vendito desinat competere emptori ad precij solutionem, nec vlla exceptione indigeat emptor aduersus venditorem qui ampliùs nullam habet actionem, Et è contrario similiter si ex parte vẽditoris facta sit restitutio precij, erit ipso iure liberatus venditor à re tradenda, nec vlla ei opus erit exceptione cùm nullam habiturus sit emptor actionem, quasi resoluta venditione ipso iure. Non per retrotraditionem factam ab emptore nec per precij restitutionem factam à venditore [nec enim retrotraditio rei venditæ modus est tollendæ obligationis precij, nec pariter restitutio precij ab emptore facta modus est tollendæ obligationis tradendæ rei ex parte venditoris] sed per potestatem pacti resolutorij adhibiti rebus adhuc integris ex vna parte quauis necessarius sit actus ille contrarius retrotraditionis

rei aut

rei aut restitutionis precij, Non tanquam causa efficiens aut concurrens, sed tanquam condicio sine qua non vt iam diximus. Ex quo fit vt quamdiu retroactus ille non interuenit, contractus maneat qualis fuit ante pactum, & salua obligatio eius qui nondum ex parte sua contractum impleuerit. Interueniente autem actu, tùm demum fiat resolutio contractus ipso iure, & liberetur omnino is qui fuerat obligatus, Non tamen per actum sed per pactum. Et in hoc quoque noster errauit Accursius. Nam cùm Gordianus rescribat, Post traditionem interpositam non posse nuda voluntate resolui emptionem si non actus quoque priori similis retroagens venditionem intercesserit, Non pudet Accursium adnotare, non esse bonam exceptionem, quia tunc, inquit, non voluntas nuda sed actus resoluit. Nos verò cum Imperatore dicimus, Imò verò bonam & necessariam esse exceptionem, quia tùm quoque cùm sequitur actus ille retroagens venditionem, verum tamen est nuda voluntate venditionem resolui, siquidem resolutio illa fit non retroactus illius sed solius pacti potestate: Nec ad aliud prodest retroactus, nisi vt pacti condicio impleatur, & fiant media & extrema habilia, vt resolutionem possint admittere: Ideóque benè Gordianus *si non actus quoque priori similis retroagens vēditionem*, vt significet actum illum priori similem non habere potestatem illam vt resoluat venditionem sed tantùm vt eā retroagat, id est reducat ad eum statum in quo esse oportet, vt nuda voluntate resolui possit. Atqui poterat sine dubio resolui venditio nuda voluntate si res mā sisset integra, nec hodie quicquam aliud impedit, quominùs resolui possit ipso iure nuda voluntate quàm quòd res integra non sit. Fac ergo esse omnia integra si potes, potes autem si omnia restituas in integrum retrotradendo rem traditam, aut restituendo precium iam solutum: Facilè assequêris, vt cùm in eum statum reducta res fuerit, venditio resoluatur. Ob eam causam retroagenda priùs venditio est, deinde resoluenda. Suntque ista prorsus diuersa *Resolui venditionē & Retroagi*, quæ tamen Accursius accepit pro Synonimis. Retroagitur per actū similem priori sed contrarium tamen. Resoluitur autem per pactum adhibitum quidem & adhibendum ante retrotraditionē vt retrotraditio fiat in consequētiam & executionem pacti, ne alioqui non possit transferre dominium tāquam nuda, nullámque habens obligationem pro causa. Sed cuius tamen potestas adhuc nulla esse posiit, ad resoluendam ipso iure venditionem quousque actus ille similis retrosecutus sit, tanquam ex quo pacti condicio pendeat. In eóque rursum alius Accursij error detegitur, qui retroagi venditionem sic interpretatur, vt sit in contrarium duci eam id est ab esse inquit ad non esse: quod ipsum nihil certè aliud esset quàm venditionem resolui. Debuerat dicere Venditionem retroagi nihil aliud esse quàm reduci vēditionem ab esse impletam ex parte vnius ex contrahentibus ad non esse impletam ex parte illius, vt cum cœperit in eo statu esse venditio, in quo erat antequàm vllum esset secutum implemētum resoluatur potestate nudi pacti antecedentis, quomodo resolueretur ex regulis iuris communis, si neutra ex parte vnquam secuta res fuisset. Illud sanè nō improbo quod Accursius notat, Malè quosdam existimare actum illum priori similem quem Gordianus requirit ad retroagendam venditionem intelligi debere de retrouenditione quam facere emptor debeat eodem precio, Quasi retrotraditio quæ fieret nulla præcedente retrouenditione non posset dici similis priori traditioni quæ facta esset ex causa venditionis antecedentis. Nam vt benè Accursius disputat, duo tunc essent contractus, & non diceretur secunda emptio resoluere primam, sed essent duę, quia licèt idem precium maneret, ex quo soles

venditionis quoque identitas induci *l.pact.a conuenta 72. versic. Paulus notat D. de contr.empt.* mutaretur tamen condicio personarum, & fieret vnus ex venditore emptor, alius ex emptore venditor, quod sine venditionum multiplicatione fieri nequit, cùm ex vna eadémque emptione non possit idem esse emptor & venditor *dict.l.1.De rer.permut.l.si ei 41.D.de euict.* Sed pessimè idem Accursius subiungit, Esse actum retrosimilem si venditor retradat rem & emptor precium, id est retraditio rei & retraditio precij, Quo facto inquit ipso iure resoluitur, licèt quidam dicant, quoad effectum tantùm. Ego verò neque ipso iure, neque quod ad effectum. Non ipso iure quoniam vtraque retraditio, vt ille loquitur, facti est nō iuris. Ergo resolutio hæc si qua esset fieret ipso facto potiùs quàm ipso iure. Quid enim est quod iuris potestas possit hoc casu efficere, cùm facto ipso per mutuam retrotraditionem vtrimque recessum est à contractu? Et quamuis nullum pactum intercessisset de resoluenda venditione, An non tamē perinde resolueretur per mutuas istas & contrarias præstationes? Et cùm nihil agendum superesset ad quid prodesse hæc resolutio vnquam posset? Verùm neque effectu ipso in huiusmodi specie venditionem resolui arbitror, quandoquidem nulla intercedente retrouenditione fieri nequit vt dominium rei venditæ & traditæ recurrat ab emptore ad venditorem, nec dominium precij à venditore ad emptorem, cùm vtraque hæc retrotraditio non possit esse nisi nuda quæ nullam habeat aliam causam quàm nudam voluntatem paciscentium. Itaq; cùm effectus potissimus traditionis sit translatio dominij, & resoluta venditione necesse sit omnia in eum statū reponi in quo erāt ante contractā emptionē, fatendum est vel non posse per huiusmodi retrotraditiones resolui venditionē quod nos volumus, vel transferri posse hoc casu dominium per traditionem nudam: quod iuris ratio non admittit. Proinde retrouenditionis casus in hac specie omnino necessarius est, qua tamen interueniente non iam resolui dicitur prior venditio, sed noua fieri manente semper adeóque impleta priore. At nos cum Gordiano eum casum quærimus & tractamus in quo vnica tantùm sit venditio, quæ non solo facto sed iuris potissimum operatione ac potestate resoluatur, nō per factum licet aliquo facto intercedente sed per pactum, quem casum nec Accursius nec alij interpretes inuenerunt, nec alius quisquam inuenire possit, qui alium quæsierit quàm quem Aristo & Neratius docuerunt *in dict. l. ab emptione.* Quare nec distinctionem illam Bartoli probare possum *ad d.§.ab emptione nu.12.* vbi scribit, si contrahentes re non integra recesserint nudo consensu à venditione & tempore illo contrarij consensus conuenerit de re retrotradenda, deinde ex interuallo facta sit retrotraditio, hoc sufficere vt contractus resoluatur *arg.dict.l.ab emptione & l.Modestinus 76.D.de solut.* si verò non fuerit hoc actum eo tempore, tunc inuita parte altera non posse confirmari distractum illum ex regula *l.quod ab initio 29.de reg.iur.* Sed si pars consentiat tunc valiturum pactum quasi ex præsenti consensu cum retraditione rei. Nam licèt in ipso instanti contrarij consensus conuenerit de re retrotradenda, nego posse resolui venditionem ipso iure, Non solùm si res secuta fuerat ex vtraque parte, de quo tractauimus, sed & si ex alterutra tantùm, vt in casu Aristonis & Neratij quia pactum hoc casu esset obligatorium ad rem tradendam quod esse nō potest, sed debet esse liberatorium ad liberandum eum qui ex parte sua nondum satisfecit, Et retrotraditionem poni oportet in condicione tantùm saltem per ablatiuos absolutos vt *in d.l.ab emptione*, vt sit in potestate illius qui per tale pactum liberari velit retrotradere id quod acceperit, Non autē in obligatione vt ad id cogi

possit:

possit: Vt proinde nõ sit recedendũ à formula quam Neratius ex Aristone præscripsit. Quòd si Bartolus de eo casu intellexit quo conuenerit de resoluẽda venditione post implementũ vtrimq; secutum, amplius dico. Nec si eo ipso instãti cõtrarij consensus retrotraditio ex vtraq; parte facta sit, vllũ tamen effectũ fore siue conuentionis siue retrotraditionis, non conuentionis, quia post rem secutã etiam ex altera tantùm parte nõ possit resolui venditio nuda volũtate, licèt dici soleat resolutionem & distractũ esse eiusdem naturæ cuius est contractus, & perinde bonæ fidei vt Castrens. disputat *ad d. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* Nec enim debet resolutio quã facere contrahentes voluerint, nudo cõsensu cõferri cũ venditione perfecta quidem nudo cõsensu sed impleta posteà per traditionẽ rei aut precij solutionem, Et hoc demùm casu verum est quod ibidem Castrens. *nu.* 4. notat. Ex consensu resolutiuo nõ similiter nasci obligationẽ & actionẽ, vt ex primo. Non retrotraditionis, quia vt iam diximus esset illa nuda quę aliã causam non haberet quàm nudum consensum. Posset quidem ea retrotraditio iũcta pacto parere accipienti ius retentionis. Est.n. ille vnus ex effectibus obligationis naturalis, quæ nascitur ex pacto etiam inutili ad agẽdũ *l. 1. D. de pignor. l. frater à fratre 38. & pass. D. de cond. indeb. l. naturales 11. De oblig. & act.* Non.n. potest videri nactus possessionem cũ vicio is qui eam per manus domini accepit, licèt non eãdem manu dominium quoq; acquisiuerit *l. de eo 63. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sed longè aliud est, Habere exceptionem pacti ad alienam rem retinendã: Aliud verò, Ipsum rei dominiũ acquisiuisse, quod tamen per vẽditionis resolutionẽ retroacquiri necesse est eo casu quo ex ipsa venditione fuerat translatum. Nec ad hũc tractatũ pertinet *l. Modestinus 76. de solut.* quæ loquitur de cessione facta ex interuallo quę fieri debuerat incõtinenti nõ de pacto resolutiuo, aut de dominio acquirendo. Quod verò addit Bart. si altera pars cõsentiat retrotraditioni quę fiat ex interuallo posse valere pactũ, quasi ex præsenti cõsensu cũ retrotraditione nõ magis verum est. Præsens.n. ille cõsensus post rẽ secutam licèt cum retrotraditione cõiunctus sit, nõ maiorẽ habet potestatẽ, quàm primus ad resoluẽdã vẽditionẽ, cùm vterq; adhibitus sit post rẽ secutã. Imò tãtò minorem habet posterior, non quod lõgiore tẽporis interuallo distet à cõtractu [nihil.n. hoc ad rẽ facit] sed quia retrotraditionẽ illam vt suum effectum habeat, & nõ sit nuda, necesse est fieri in cõsequentiã pacti antecedentis & quidem iusti, hoc est quod ita factũ sit vt à iure potestatem illã habere possit resoluendi contractum ipso iure, Nõ aũt pactũ tacitũ & consensum illũ induci ex retrotraditione, Pacto siquidẽ expresso opus est, eóq; nõ quomodolibet sed secũdùm Aristonis & Neratij sententiã cõcepto. Alioqui si bonus esset sensus Bartoli, dicendum esset ex traditione qualibet quantumuis nuda posse trãsferri dominiũ, quia ex sola traditione sponte & eo animo facta semper tacitus ille cõsensus induceretur. Debuerat ergo Bartolus eã duntaxat distinctionem adferre quã nos in præcedentibus attulimus, An in ipso contractu vel incontinenti post cõtractum vẽditionis adhibitũ sit pactũ de resoluẽda venditione etiam postquàm res secuta esset, An verò ex interuallo, Vt priore casu valeat pactum non tantùm ad resoluendam ipso iure venditionem, sed etiã ad dãdam in id actionem *l. 2. l. si à te 7. C. de pact. int. empt. & vend.* Posteriore verò casu nũquã prosit ad agendũ sed tantùm ad resoluendum contractum si eo modo cõceptum sit quo Neratius & Aristo voluerũt: Extra illũ casum ne quidem prosit ad liberandum ipso iure, adeóq; nec ad excipiendũ vt sequenti capite docebimus, siue in eodem instanti siue ex postfacto fiat retrotraditio, siue ex vtraque parte, siue ex altera tantùm.

ERROR QVARTVS.

De arrharum repetitione & quanam actione repetantur. Ad l.2.eod.tit.C.quand. lic.ab empt.disced.& ad l.ex empto 11.§.is qui vina D.de action.empt.

NON fuit felicior Accursius in explicatione *l.2.eod. tit.* de qua etiam nos fusiùs tractare necesse est, vt pleraque ex iis quæ iam diximus intelligantur meliùs, & alia nonnulla ad hunc tractatum pertinentia quæ nondum attigimus. Ac primùm de priore parte distinctionis quæ adfertur ab Imperatoribus. Distinguunt enim Imperatores an arrhæ nomine aurum datum sit, vel quid aliud, an verò pars precij soluta sit ab emptore antequàm conueniret, vt ab emptione perfecta recederetur. Vt primo casu res adhuc sit integra, & consequenter venditio resolui possit, & resoluatur ipso iure per pactum nudum. Altero autem casu res desierit esse integra ac proinde nulla pacti potestas sit ad venditionem resoluendam. Ex quo Imperatores inferunt, Posse quidem arrham secundum pacti fidem recuperari, sed ad precij partem quæ soluta sit repetendã, emptori actionem nullam competere, aduersus venditorem qui precium acceperit, necdum rem tradiderit, verùm ad id duntaxat vt ea præstet quæ ex venditione præstari oportet, id est vt rem tradat. Quod aiunt de arrha secundum placiti fidem recuperanda, non obscuram habet rationem, quam & Accursius benè vidit, quòd arrha non sit pars precij nec arrhæ datio pars vlla venditionis sed contractus quidam proprius & separatus qui venditioni solet accedere non tam vt venditionem perficiat quæ iam solo consensu perfecta sit quàm vt eam perfectam esse probet ac ostendat. Nihil enim aliud est arrhæ datio si iuris cõmunis rationem inspicimus, quàm venditionis perfectæ necdum impletæ argumentum vt Iustinianus scribit initio *Tit. De empt. & vendit. Instit. post Caium in l.quod sæpe 35.in princip. D.de contr.empt.* Sed de hoc genere contractus dicẽdum nobis erit latiùs & ex professo in Error. seq. Nunc sufficiat dixisse quod Accursius ex hac ipsa lege rectè infert, Non eò minùs esse rem integram quòd post emptionem & venditionem nudo consensu perfectam arrharũ datio subsecuta sit, & ideò perinde facilè posse nuda voluntate resolui venditionem acsi arrha nulla esset data. Sed quanam actione possit hæc arrha secundum placiti fidem recuperari, quoniam Imperatores non exprimunt, controuersum est aut saltem dubium apud interpretes. Sunt enim qui putent actionem ex empto in id competere, Alij cõdictionem ob causam dati quasi causa vel non secuta, vel finita. Accursius noster dat vtramque vt possit emptor eligere qua vti malit. Ex *l.ex empto 11. §. is qui vina D.de act.empt.* vbi hoc ipsum ab Vlpiano partim ex Iuliani, partim ex ipsius Vlpiani sententia scriptum videtur. Tractans enim ille de eo qui vina emerat, & arrhæ nomine certam summam dederat, posteà verò conuenerat vt emptio irrita fieret, ait Iulianum in ea fuisse opinione vt ex empto agi posse diceret ad arrham restituendam, vtiléque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. Neq; habet hoc dubitationem. Non enim cùm de arrha solummodò agitur, sed generaliùs dici potest actionẽ ex empto aut vendito superesse plerunque etiam inempto fundo facto, vt in specie *§. præced. si quis virginem*, Et Pomponius docet *in l.sed Celsus 6.§.1. D.de contr.*

contr. empt. Ex quo loco apparet actionem hanc ex empto non dici vtilem quasi non sit directa cùm post resolutum contractũ competit, vt vulgo putant interpretes, sed quia non tantùm directa est verùm etiam efficax, & quæ actori vtilitatem & cõmodum adferat exactionis. Cæterùm directã eam esse apparet ex eo quod competit ex contractu, qui cùm resoluitur id quidem agitur vt neutra ex parte contractus impleatur, sed non etiam vt omnis obligatio empti & venditi vtriq; contrahẽtium soluatur, quemadmodum scriptum est *in d. §. 1.* An autem condictio quoque hoc casu competat, difficilius est dicere. Nec enim lex dicit. Accursius tamẽ & cum eo plerique omnes adfirmant. Ego non puto, quia licèt non sit nouum vt ex eodem negotio duplex actio competat, & actio ex contractu & condictio, vt *in l. 4. & 5. C. de rer. permut.* Id tamen tunc accidit, cùm actio ex contractu datur ad rem vnam, condictio autẽ ad aliam: Sed vt condictio detur ad illud ipsum consequendum quod per aliam actionem peti possit inauditũ est, Præsertim si actio illa sit bonæ fidei qualis est actio ex empto. Sunt enim condictiones omnes veluti subsidiariæ & quamuis ex bono & æquo introductæ, sunt tamẽ omnes stricti iuris, quarum neque vtilitas neque æquitas vlla esse potest ei qui de eadem re possit bonæ fidei actionem instituere. Sed & ne cõdictio dari hoc casu possit, illa iuris ratio impedit, quod nemo potest rem suam condicere nisi à fure *l. vlt. D. vsufr. quem. caueat. §. sic itaque Inst. de action.* Atqui per dationem arrarum non transfertur dominium vt sequenti capite probabimus. Ergo earum condictio dari & competere nullo casu potest. Sed apud Vlpianum sequitur alius casus dubitabilior, & qui ad tractatum nostrum De resoluenda post rem secutam venditione magis pertinet, Si annulus datus sit arrę nomine, & secuta emptione precióque numerato & tradita re conuenerit vt emptio irrita fieret [hoc enim apud Vlpianum necessariò supplendum est vt quæstioni locus fieri possit] deinde annulus non reddatur, qua actione agẽdum sit, Vtrum condicatur quod ob causam datum sit, quasi causa sit finita, An verò ex empto agendum sit, Et Iulianus inquit, diceret ex empto agi posse. *Certè,* inquit, *etiam condici poterit quia sine causa apud venditorem est annulus.* Hoc verò est, quod difficilius videtur, & nostra indiget interpretatione. Primùm quia ineptè videtur concepta quæstio in hunc modum *si annulus datus sit arra nomine & secuta emptione.* Emptionem enim perfectam sequi debet arræ datio, non autem arræ dationem emptio *dict. l. quod sæpè,* & apud Iustin. *initio Tit. Inst. De empt. & vendit.* Deinde quia videtur hic posterior casus omnino diuersus ab eo quem Vlpianus primùm ex Iuliano tractauerat. Iulianus enim posuerat contractam primò emptionem, tùm eo nomine arram datam: postremò conuentum fuisse vt venditio irrita fieret, Ideóque dabat emptori actionem ex empto ad arram repetendam, quasi ad distrahendam emptionem. At in hoc posteriore casu ponit Vlpianus contractum emptionis cœpisse à datione arrarum, deinde secutam fuisse emptionem quæ nudo cõsensu perfecta posteà per traditionem rei & precij numerationem impleta sit, Nec addit pactum vllum aut ante, aut post rem secutam interuenisse de resoluenda venditione: quod neque vtiliter interuenire potuit, secundum id quod in præcedentibus diximus, & probauimus, Post rem ex vtraque parte secutam non valere pactum quo conuenerit, vt venditio irrita fieret nec si actus priori similis ex vtraque parte intercedat vt & rei venditæ dominium possit recurrere ad venditorem & dominium precij ad emptorem, sed necessariam esse hoc casu retrouenditionem. Quis ergo color esse potest trahẽdæ ad hunc quoque casum Iuliani sententiæ? Sed quod me ma-

gis torquet, illud est quod condictionem dat Vlpianus in hoc secundo casu quam nec Iulianus in primo dedit, neque in hoc posteriore quisquam ex iuris ratione dare possit: Eâdem illa de causa quam nos attulimus, quòd nemo possit nisi à fure rem suam condicere, *d.§.sic itaque Inst.de act.* nec rursum ad condictionem dandam sufficiat eum qui agit non esse dominum, sed illud prætereà requiratur vt contra eum agat qui sit dominus. Siquidem condictiones eæ demùm verè sunt per quas intendimus aduersariũ dare oportere, vt ibidẽ Iustin. ratiocinatur. Dare autẽ nihil aliud est quàm dominium transferre *d.l. vbi autẽ 75.§.vlt.de verb.oblig.* fieri autem nequit, vt qui dominus non est, dominium in alium transferat *l.traditio 20. De acquir.rer.domin.* iunct. *l.nemo plus iuris 54. de reg.iur.* Atqui certum est neque emptorem qui arrã dedit trãstulisse dominium arræ in venditorem, nec proinde venditorem posse dominum esse rei pro arra datæ. Ergo neque condictione agere potest emptor, neque venditor cõueniri. Et quamuis duplicem suæ sententiæ rationem Vlpianus adferat, Primam quòd causa finita sit ob quam datus fuerat annulus, Alteram quod iam incipiat annulus esse sine causa apud venditorem, Neutra tamen est bona. Fateor quod ad cõdictionis dandæ causam pertinet nihil interesse an quid ab initio datũ vel promissum sit sine causa, an verò datum sit vel promissum ob causam quæ vel finita vel non secuta fuerit *l.1.§.siue ab initio D.de cond.sin.caus.* Sed dico illud semper necessariò exigi vt dominium nõ modò amissum fuerit ab eo qui dedit, verùm etiam translatum in eum qui accepit. In proposito autem arræ dominium neq; amissum, neque translatum fuit. Nec proinde illud etiam sufficit ad dandam condictionem sine causa, vt rei quæ condicitur possessio penes alium sine causa sit, sed illud potissimùm & maximè vt res ipsa, id est rei dominium & proprietas. Quod hîc nõ cõtingit, Imò verò cùm possit emptor qui arrã dedit eam vindicare omni casu quo arra restituenda est vt fatentur omnes *in dict.l.3. Cod. de action.empt.* apparet non posse nos hoc casu cum Vlpiano dare emptori condictionem, quin contra iuris rationem inducamus vt concurrat condictio cum vindicatione. Neque aut Bartolus aut alius quisquam ex interpretibus aliter se hinc potest euoluere, quàm vt dicat condici hoc casu possessionem annuli non ipsum annulum: quod ridiculum est, non solùm quia de annulo ipso condicendo non de annuli possessione Vlpianus loquitur, tum quia non magis possessio quàm dominium arræ transfertur ab emptore ad venditorem, vt posteà ostendemus. Addunt quidem interpretes, Posse etiam dici dominium rei pro arra datæ in ea specie quam Vlpianus tractat, fuisse translatum in venditorem vt condici ei possit. Sed totum id commentitium est, adeóque absurdum quia implicat contradictionem vt quid detur arræ nomine ab emptore, & vt eius rei dominium in accipientem transferatur, quemadmodum probabimus. Quid ergo superest, nisi vt totam hanc sententiam quæ Vlpiano adscribitur Triboniani esse fateamur? Nam & inauditum illud est vt ex contractu nominato detur condictio *l.vltim. D.de cond.ob caus.dat.* nec Bartolus ipse negat, sed respondet æquè malè dari hoc casu condictionem pro arra, Arram autẽ esse contractum nominatum, Quasi verò aliquis hîc sit contractus arralis differens & diuersus à contractu emptionis, ita vt sit vnus contractus nominatus, alius innominatus: quod certè multominùs dici potest. Accedit enim pactum arrarum contractui emptionis, nec sine eo potest subsistere nec cum eo propriam vllam habere naturam nisi cùm proprias & insolitas aliquas habet conditiones, Licèt Bartolus dicat stare, de per se, vt loquitur, contractum arræ. Sic enim

enim legendum est apud Bartolum *non tamen quin* non quod *staret de per se contractus arrae*. Melius Castrensis ad *d.l.3.Cod.de action.empt.* Esse quidem contractum arrarum per se separatum à venditione sed accessorium ad eam. Quòd si accessorius tantùm est, non ergo potest subsistere sine suo principali. Ideóque nimirum venit in actionem ex empto quasi pars quædam emptionis. Nec est quod dicas cum Bartolo, Venire pactum arrale in actionem ex empto sicuti pacta cætera incontinenti apposita. Nam pactum arrale licèt in continenti apponi soleat, perinde tamen valet suúmque effectum habet tum quoque cùm interpositū est ex interuallo quia dationem admixtam habet. Cùm igitur actio ex empto detur etiam ad hoc vt arra restituatur, apparet arrā quæ ex contractu nominato petitur, non posse peti per condictionem quin detur condictio ex contractu nominato: quod nec interpretes ipsi admittunt. Proinde cogunt me hæc omnia, vt ab illis verbis *dict.§.si qui vina, Ego illud quæro* putem esse omnia Triboniani abutentis nomine & authoritate Vlpiani, vt falsam & à iuris ratione alienam opinionem nobis insinuaret. Quid enim attinebat quærere an impleta venditione ex vtraque parte repeti arra posset, & quanam actione? Quis vnquam, scilicet de eo dubitauerat quin & repeti posset arra & per actionem ex empto repeti deberet? Quo admisso quid ociosiùs, quàm quærere vtrum etiam condictio ex hac causa dari deberet? Quid ineptius quàm dare condictionem domino contra non dominum, idque ex contractu etiam nominato? Quid stultius quàm ei qui habeat actionem bonæ fidei accommodare strictam, quæ & minùs vberes habeat præstationes, & difficiliores facti probationes exigat? Quis enim tam stupidus futurus sit vt pro actione bonæ fidei malit strictam eligere? Quænam denique aut vtilitas, aut necessitas strictæ actionis aduersus communes iuris regulas inducendæ, cùm actio bonæ fidei competit. Nihil ergo in tota illa sententia veri aut æqui est, nisi quòd dicitur Iulianum in proposita specie daturum actionem ex empto ad arram repetendam. Si enim fuit Iulianus in ea sententia vt actionem illam ex empto daret ad arræ repetitionem, illo etiam casu quo per pactum resoluta fuisset venditio rebus omnibus integris, Quidni daret multò magis eo casu quo venditio non resoluta fuerit sed impleta ex vtraque parte? Nam nec aliam ob causam arra datur, quàm vt penes venditorem remaneat in signum & argumentum contractæ venditionis quousque impleta venditio sit: Non quòd perinde non sit restituenda arra quoties contractus siue re integra, siue post rem secutam resoluitur, sed quia datur semper arra eo voto vt contractus impleatur non vt resoluatur. Itaque quandiu non est impletus aut resolutus tenet datio arræ quia potest adhuc contractus impleri, licèt possit etiam resolui, non quia possit resolui, Tametsi resolutio eundem effectum habeat quem implementum, quoniam efficit ne implementum sperari & expectari ampliùs possit. Id ergo agitur inter emptorem & venditorem tùm arra datur vt restituatur cùm impletus contractus erit, quia nullo est opus indicio & argumento contractæ venditionis cùm effectus iam ex vtraque parte secutus est, licèt cùm arra daretur nihil dictum sit de ea vel hoc, vel illo casu restituenda. In emptis autem & venditis potiùs id quod actum quàm quod dictum est, sequendum est, vt ratiocinatur Pomponius *in dict. l.sed Celsus 6. §.1. D. de contr. emption.* Proinde quis miretur dari hoc casu actionem ex empto ad hoc vt arra restituatur? Datur enim ad id omne quod vel emptorem venditori, vel venditorem emptori ex bona fide præstare oportet, sed maximè ad id

quod actū est vt fieri deberet. Ex quo intelligimus, quàm improbabilius illud sit quod de suo ingenio addit Accursius *in d.l.2.* posse hoc casu cōpetere emptori actionem Præscriptis verbis. Cùm enim non competat ex eo quod dictum, sed ex eo tātùm quod actum est, quî fieri potest vt actionem Præscriptis verbis hoc casu inducamus? cuius vel nomen ipsum ostendit dari eam ex verbis conuentionis in ipsa Prætoris formula præscribendis, nec proinde dari posse de ea re de qua nihil dictum nihil verbis expressum sit. Non nego, posse actionē præscriptis verbis cum actione ex empto concurrere, sed eo demum casu quo agatur ex pacto incontinenti apposito post venditionē, vt *in l.2.C.de pact.int.empt. & vendit.* Ne alioqui peior sit condicio contractuum bonæ fidei, quàm stricti iuris ex quibus certū est nasci actionem Pręscriptis verbis ad id quod comprehensum est pacto incontinenti apposito, quoniam actio stricta quæ ex contractu ipso nascitur informari per pactū non potest *l.vlt.C.de rer.permut. l.legem* 9. *C.de donat.l.frumenti* 17.*C.de vsur.* quomodo possunt informari actiones bonæ fidei *l.iuris gentiū* 7.*§.quinimò D.de pact.* Atqui pactum arrale potest interponi etiam ex interuallo post venditionem perfectam, quo tamen casu nemo dixerit actionem præscriptis verbis ex pacto dari posse. Actio igitur ex empto sicut in eam rem sola necessaria est, ita & sola competit. Multò minùs ferre possum quod Accursius & post eum cæteri dant etiam condictionem ob causam vt arra restituatur. Condictioni enim ob causam tùm demùm locus est cùm datum aliquid fuit ob causam quæ posteà secuta non sit, ideóq; cessat ea cōdictio quoties secuta fuit causa *Tit.ill.tit.D.& C.de condict.ob cauf.dat.cauf.nō secut.* Atqui cùm arra data est ob eam causam vt venditio impleretur, negari nō potest quin postmodum impleta venditione causa sit secuta. Nō igitur fieri potest vt repetatur arra per condictionem ob causam. Eadémq; ratio facit, vt intelligamus nō aliud de cōdictione sine causa dici oportere. Nam nec ea competit quoties datum aliquid fuit ob causam, quæ quandoque secuta fuerit *d.l.1.§.siue ab initio D. de condict.sin.cauf* Nec rursus video, qua ratione possimus dicere cum Triboniano *in d.§.is qui vina*, finitam esse causam ob quam data arra fuerat, cùm venditio ex vtraque parte fuit impleta. Non enim datur arra ne liceat ab emptione discedere, quod amplius non licet post secutum implementum, & quę causa sanè finita esset per implementum si causa esset. Sed è contrariò potiùs vt signum sit & argumentum venditionis contractæ: quæ tamen cùm impleta est non solùm non desinit esse contracta sed etiam in eum statum deducitur vt resolui ampliùs numquam possit. Manet igitur causa dandæ arræ nec finitur vnquam quandiu venditio manet impleta, nec proinde condictio vlla vel ob causam vel sine causa emptori competere potest ad arræ repetitionem. Quæ omnia cùm ita sint, fatendum est solam actionem ex empto competere emptori ad arram repetendam, si de personali actione quæramus. Nam & actio in rem competere potest, id est vindicatio si emptor fuerit dominus eius rei, quam dedit arræ nomine, & res extet atque appareat. Alioqui siue desierit extare, siue non appareat actio ad exhibendum necessaria est quam porrò competere ita dicendum est si modò emptor dominus fuerit. Nam si non fuerit, sola competit actio ex empto. Nisi etiam intersit ex iusta causa eius qui arram dedit quamuis dominus non fuerit *l.3.§.sciendum & §.si mecum D.ad exhib.*

ERROR

ERROR QVINTVS.

De pacto arrali. Ad l.3.C.de act.empt.

SED priusquàm ad reliqua pergamus quæ peccauit Accursius circa interpretationem *d.l.2. C.quand.lic.ab empt.disced.* dicendum aliquid est & interiiciendum de pacto arrali vt vocant Impp. *in l. 3.C.de act.empt.*& de contractu dationis arrarum, vt loquitur Iustin. *in l.contractus 17. C.de fid.instr.* vbi tractans de contractibus omnibus quos in scriptis fieri cōuenerit, etiam meminit dationis arrarū. Extra hos duos iuris locos vix vllam in libris nostris aut pacti, aut contractus arralis mentionem reperias. Arrarum sanè quæ in venditionibus iam olim sæpe dari solebāt sicut frequentissimus erat vsus, ita non infrequens mētio fit, vt *in l.quod sæpe 35.in princ.D.de contr.empt.l.vlt.D.de leg.commiss.l.cuicunque 5. §.item si institor D.de instit.act.l.ex empto 11.§.is qui vina D.de act.empt.l.2.Cod.quand.lic.ab empt.disced.* Itémque arrarum quæ dari solebant sponsaliorum nomine *in l.3. C.de sponsal.* Sed nullibi tot locorum videas dici pactum arrale, Ideò fortasse quòd cùm arra simpliciter dabatur nullo alio pacto interueniente, non tam per pactū id fiebat, quàm per dationem ipsam aut potiùs traditionē eius rei quæ pro arra dabatur: neque rursum ob eam causam vt pactio illa obligationem aliquam vel naturalem induceret, quæ posteà exceptionem aut retentionem paritura esset, quamuis pro causa haberet iam perfectam venditionem, sed tantùm vt esset indicium & argumentum venditionis iam contractæ, Ne scilicet in potestate esset eorum qui contraxerant, negare contractam esse emptionem *d. l. quod sæpe* & apud Iustin. *in Inst.Tit.de empt.& vend.* Est enim venditio facti *l.consilio 7.§. vlt.D.de curat.furios.* facti autem probatio non semper facilis, at plerunque difficilis est. Non ergo paruum momentum est in arræ datione, per quam probatur emptio, licèt neque obligatio, neque actio vlla ex ea inducatur, at neq; exceptio, Venditoris siquidem esset excipere de arra data, si fortè emptor qui arram dedisset, soluere precium & emptionem implere recusaret, ac nihilominùs venditorē vrgere vellet ad traditionē. Atquin hoc fieri non potest, cùm offerre debeat emptor precium priusquàm possit agere ex empto ad rem tradendam *l. Iulianus 13.§.offerri D.de act.empt.* Nulla ergo indiget exceptione venditor, vt effugiat actionē ex empto si non priùs emptor ex parte sua satisfecerit. Vbi verò satisfecit, debet arræ datio nocere iam, non prodesse venditori, vt ex sua quoque parte venditionē implere teneatur, aut saltem arram reddere si mutuo consensu venditio resoluatur secundū ea, quæ in præcedentibus disputauimus ex *l. ab emptione 58.D.de pact.* Et hoc esse mihi videtur quod scriptū est *in d.l.3.C.de act.empt.* Ex arrali pacto personalē duntaxat actionem paciscentibus præparari. Non ait lex quod ad eam notat Bald. ex arrali cōtractu nasci personalem actionem non in rem. Primùm quia non loquitur de contractu, sed de pacto tantùm ex quo numquam datur actio nisi sit legitimum, aut in rei alicuius traditione appositum, aut incontinenti post aliquem contractum. Deinde quia non dicit actionem personalem ex huiusmodi pacto dari, sed præparari. Nec ad differentiam actionis in rem, Quis enim daret actionem in rem ei qui non esset factus dominus? Sed ob hoc ipsum vt intelligamus ne quidem personalem vllam obligationem oriri ex hoc pacto, sed tantùm præparari: Adeóq; nec si tale pactū

vt plerumque fit adhibitum sit incontinenti post contractum bonæ fidei, quia non ideò adhibetur vt legem aliquam & formam det contractui, neque vt ei addat aliquid vel detrahat siue circa substantialia, siue circa accidentalia aut naturalia contractus quæ Papinianus adminicula vocat *in l. pacta conuenta* 72. *D. de contr. empt.* [ad nullum enim horum referri arra potest] sed ob id tantùm vt probationem inducat perfectæ contractæque venditionis: quæ res nihil cõmune habet cum causa producẽdæ actionis. Quare nec Imperatores ita loquuntur *in d. l.* 3. vt dicant ex arrali pacto præparari actionem emptori aut venditori, sed paciscentibus quod summè notandum est vt intelligamus non posse legem intelligi de ea actione quæ ex pacto ipso arrali nascatur. Si qua enim nasceretur, ea vtique competeret soli emptori qui arram dedisset, non venditori, qui accepisset. Aut si cum prima interpretatione Accursij sic legem intelligere quis velit, vt si fortè venditor cui data fuit res aliqua arræ nomine, ab eius rei possessione ceciderit, nullam ex ea causa possit habere actionem in rem contra possessorem, sed tantùm triticariam, Non debuerant Imperatores loqui de paciscentibus aut contrahentibus, sed tantùm de venditore, cùm dubitari non posset in emptore an talem actionem habere deberet ex datione arræ quam ille ipse dedisset. Nemo enim dando vel tradendo rem suam acquirit sibi ex eo facto actionem sed tantùm ex pacto si quod adhibeat in traditione rei suæ *l. in traditionibus* 44. *D. de pact.* At quamuis ex pacto arrali nulla actio nascatur neque venditori, neque emptori, præparatur tamen vtrique. Quoniam cùm sit argumentum contractæ non minùs venditionis quàm emptionis, siquidem nec venditio esse potest sine emptione, nec emptio sine venditione. Adeò vt veteres his nominibus emptionis & venditionis promiscuè vterentur *l. veteres* 19. *D. de action. empt.* Non minùs interest emptoris quàm venditoris, nec minùs venditoris quàm emptoris vt appareat & in probato sit contractum mutuo consensu perfectum esse, vt ex eo possit agere ad implementum postquàm ipse impleuerit. Et quamuis arra detur venditori ab emptore, in vtriusque tamen vtilitatem datur nec magis vt prosit venditori quàm emptori aut contrà, sicut nec nisi mutuo vtriusque consensu venditio perficitur. Præparat itaque actionem ex vendito venditori & actionem ex empto emptori. Præparat inquam non parit. Contractus namque emptionis & venditionis ille est qui ambas istas actiones parit, sed quia non aliter competunt, quàm si contractus emptionis, & venditionis præcesserit, quæ facti quæstio præparatoria est ad condemnationem vi actionis extorquendam, Non ineleganter dicit lex præparari actiones istas per arrale pactum, hoc ipso quod per huiusmodi pactum emptio & venditio probatur in fauorem vtriusque. Licet enim non præparet natiuitatem actionis iam ex ipso emptionis contractu natæ, præparat tamen ipsius vim & potestatem quæ tota in eo est vt tandem eliciat condemnationem, cui tamen numquam locus esse potest nisi actione bene præparata, id est necessariis omnibus facti probationibus instructa. Accursius autem noster etsi bene vidit, Aliud esse nasci aut oriri actionem personalem ex arrali pacto, Aliud verò præparari, hunc tamen sensum assecutus non est, Cùm hanc differentiam sic explicat, quæ secũda ipsius interpretatio est, vt emptor qui arram dedit non ideò fiat rei emptæ dominus, sed personalem duntaxat habeat actionem ex empto ad rem tradendam, quia dominium rei venditæ non possit transire in emptorem sine traditione, sicut nec per solam precij solutionem. Etsi enim totum hoc verum est ad legis tamen verba non est accommodatum,

datum, Non solùm quòd nemo sit tam imperitus qui rescripto aliquo Imperatorum egeat vt credat, Ex sola datione arræ non posse transferri dominium in emptorem, nec posse illi ob hoc solùm aliquam actionem in rem, & vindicationem præparari, sed etiam quia hæc ipsa actio personalis quæ competit emptori contra venditorem, non ex datione arræ nascitur, sed ex contractu ipso emptionis. Lex autem loquitur de actione quæ ex ipso arrali pacto præpararetur. Non igitur de actione ex empto, nisi actionis præparationem eo quo diximus sensu intelligas, Vt mirer interpretationem hanc Paulo Castrensi placere potuisse, & magis, quod ille addit, Eã Doctorib. cõmuniter placere. Neq; subtilius est, quod post Salicetum alij putant, esse illam legis sententiam vt datum arrarum nomine personali actione repeti possit. Nam & illa personalis actio ex empto est, non cõdictio aut præscriptis verbis, vt superiore capite probauimus, neque ex pacto arrali nascitur sed ex ipso contractu emptionis & venditionis, nullo quoque pacto arrali interueniente. Ac præterea non posset actio illa cõpetere, nisi emptori qui arram dedit, & in cuius solius persona potest locus esse quæstioni De arræ repetitione, non etiam in persona venditoris qui eam accepit. Solius enim est emptoris dare, venditoris accipere. Atqui lex ait ex arrali pacto personalem tantùm actionẽ præparari paciscentibus. Non ergo soli emptori sed etiam venditori. Alioqui non de paciscentibus in genere loquendum erat, sed tantùm de emptoribus. Alia quoque Accursij interpretatio displicet, quæ ponit conuenisse inter emptorem & venditorem in ipsa datione arrarum, vt soluto per emptorẽ precio arræ ei restituerentur. An non enim prorsus inutile ac superuacuum fuerit huiusmodi pactum, quando etiam nulla pactione interueniente perinde sint restituendæ emptori arræ per actionem ex empto, vt diximus ex *d. l. ex empto 11. §. is qui vina D. de act. empt.* Nam quod addit Accursius de cõdictione sine causa & de actione Præscriptis verbis iam refutauimus. At omnium improbabilissima est Placentini explicatio quæ apud Accursium postrema est, vt quod Imperatores tractant de arrali pacto, debeat intelligi de pacto illo tacito quod inquit semper intelligitur super arris scilicet vt si emptorem pœniteat perdat arras, si venditorem duplum reddat ex *l. contractus 17. Cod. de fid. instrum.* Est enim illa lex constitutio noua Iustiniani, & inducens ius nouum, de quo non potuerunt cogitare Imperatores Diocletianus & Maximianus, qui longo temporum interuallo Iustinianum antecesserunt: Et ex ipsis verbis nouæ constitutionis apparet non ita ius olim fuisse, vt vel emptor arras perderet, si emptionem implere recusaret, aut si venditor venditionem, duplum redderet, quemadmodum sequenti capite latiùs dicemus. Quamquam autem ea quæ suprà est à nobis allata interpretatio non solùm improbabilis non est, sed etiam probabilior cæteris omnibus quas alij attulerunt. Vereor tamen ne quid elegantius lateat sub cortice verborum *dict. l. 3. Cod. de action. empt.* quod neque ab alio vllo interprete, neque à nobis ante hunc diem fuerit animaduersum. Nempe distinguendam esse dationem arrarum à pacto arrali. Dationem arrarum non esse pactum, quia incipit à datione non à conuentione. Pactum autem arrale illud dici quod in ipsa datione arrarum interuenit, non tacitè vt Placentinus dicebat sed expressa conuentione. Qualis olim erat illa vt emptor arram perderet, de qua *in dict. l. vltim. D. de leg. commiss.* Et illa rursùm vt venditor duplum redderet. Nec enim credibile est Iustinianum hanc dedisse naturam dationi arrarum *in dict. l. contractus 17. Cod. de fideicom. instrum.* nisi quia frequens erat vsus eiusmodi pactio-

num quoties arra dabatur. Quemadmodum & aliis plerisq; casibus ex frequentia pactorum quæ in contractibus addi solebant, induxit ille ius nouum, vt quãuis non addita, pro additis tamen habeantur, vt *in l. vlt. Cod. quæ res pignor. oblig. poss.* iunct. *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor. l. vlt. C. de remiss. pignor. l. vlt. C. de fideiuss.* Possunt & alia eiusmodi pacta pleraque excogitari quę ad dationem arrarum pertineant, dum ne illud sit quod vnum Accursius attulit & nos improbauimus, de reddenda arra soluto precio. Esset enim hoc pactum inutile vt diximus, quia tacitè inesset. Veréque hoc casu locum haberet quod iactari solet vulgari nostrorum brocardico, Expressionem eorum, quæ tacitè insunt nihil operari. Quandoquidem non minùs competit actio ex empto aut vendito ad id quod actum est licèt dictum non sit quàm ad id quod dictum & expressum est *l. sed Celsus 6. §. 1. D. de contr. empt.* Porrò habent omnia huiusmodi pacta arralia hoc proprium, & speciale, quod interponuntur semper aut incontinenti post contractum, quo maximè tempore dari arræ solent, aut si ex interuallo, saltem re integra præsertim ex parte emptoris, id est precio nondum per eum soluto. Et consequenter eo tempore quo resolui adhuc contractus potest & res empta inempta fieri siue ex altera parte fuerat res secuta, vt *in dict. l. ab emptione*, siue ex neutra, vt *in l. 2. & 3. §. 1. D. de rescind. vendit.* Ob eámque causam solebat in huiusmodi pactis plerumque illud adiici, vt venditio irrita & res inempta fieret, vt *in d. ct. l. vltim. D. de leg. commiss.* Ne alioqui in potestate vnius ex contrahentibus positum videretur vt inuito altero irritam faceret vẽditionem, quod esse numquam debet *l. hac venditio 7. D. de contrah. empt.* Sed & proprium illud erat huiusmodi pactorum vt essent condicionalia, & eam condicionem haberent. Si ex alterutra parte contractus non impleretur *dict. l. vlt. de leg. commiss.* Proinde nulla poterat ex iis pactis nasci actio eo tempore quo interponebantur quamuis incontinenti post venditionem facta essent, Vt neque vlla nascitur ex contractu condicionali priusquàm condicio impleta sit *l. cedere diem 213. De verbor. significat.* Quid ergo? Præparatur tantùm actio paciscentibus vt scilicet ex eo pacto possit ille agere in cuius gratiam pactum fuit interpositum quando pacti condicio existet, Sed quænam actio? Ex empto si emptor sit qui agere volet, Ex vendito si venditor. Finge pactum fuisse emptorem cùm arras dabat vt si venditor non traderet rem venditam intra certum tempus res inempta fieret ac venditor duplum arrarum redderet. Præparatur emptori ex hoc pacto actio ex empto per quam duplum arrarum consequi possit & debeat à venditore si commiserit venditor aduersus legem venditionis. Quænam enim alia possit actio competere quàm ex contractu, licèt sit ille resolutus? Nempe quia quod ad hoc resolutus non est, de quo præstando conuenit in casum ipsum resolutionis, neque id actum videri potest vt omnis obligatio empti & venditi vtrique contrahentium solueretur *dict. l. sed Celsus §. 1. in fin.* Alioqui noceret pactum emptori pro quo tamen esset adhibitum, vt ibidem Pomponius ratiocinatur, & Mæcianus in alia specie *in l. in ratione 30. §. tametsi D. ad leg. Falcid.* Imò nec aliter inemptus est hoc casu fundus quàm si inemptum eum velit is qui pro se ita pactus fuit, vt de pacto commissorio scriptum est *in l. 2. & 3. D. de leg. commiss.* Ex contrario autem finge pactum fuisse venditorem vt si emptor intra certum tempus pecuniam precij non solueret, non tantùm arras datas emptor perderet [ex illo namque pacto sola retentio posset competere non etiam vlla actio nasci aut præparari] sed prætereà præstare teneretur quanti venditoris interesset, Et vt quantò minoris eadem

dem res alij postmodum venisset, id emptor venditori præstaret, quod in venditionibus sępe conuenire solet, vt *in d.l.sed Celsus §.1.* quod Galli dicunt *au peril de la folle enchere*. Præparabitur hoc casu actio venditori, eáque ex vendito contra emptorē ad id quod intererit venditoris *d. §.1.* in cuius specie licèt nullæ arræ datæ proponerentur, quis tamen dicat ob id minùs competere ex huiusmodi pacto actionem ex vendito, quod tale pactum in ipsa datione arrarum interuenerit? Nam & arræ vt plurimùm dantur incontinenti post contractam venditionem, & tùm quoque cùm dantur posteà, & ex interuallo, quia tamen dantur semper re integra, consequens est vt pacta omnia quæ & in ipsa arrarum datione, & circa arras fiunt non minùs insint contractui ad formandam ex eo actionem, quàm si incontinenti essent apposita cùm pertineant semper ad substantialia contractus, ob condicionem illam quam habent perpetuam. Si contractus ab eo non impleatur contra quem pactum interponitur. Idque ex regula quam tradit Vlpianus *in l.iuris gentium 7. §. adeò autem De pact.* Adeò bonæ fidei iudiciis & pactiones postea factas inesse si modò sint ex eodem contractu, id est tales quæ ad substantiam contractus pertineant, vt quandiu res secuta non est possit etiam abiri ab emptione. Neque tamen nego posse hoc casu etiam actionem præscriptis verbis ex huiusmodi pacto arrali præparari, quàm certum est posse concurrere cum actione ex vendito etiam ex pactis incontinenti appositis, vt *in l.2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nam quod in præcedentibus negauimus, dandam esse actionem Præscriptis verbis ad arrarum repetitionem, eo casu procedit, quo nullum de arris restituendis pactum intercesserit, vt *in l.ex empto 11.§.is qui vina D.de action.empt.l.2.C.quand.lic.ab empt. disced.* Quemadmodum autem per arrale pactum actio personalis paciscentibus præparatur, ita & multò magis exceptio ex *reg. l.1. §.is autem D. de superfic.* Itaque si arram à se datam vindicare emptor velit aduersus venditorem, quod pro suo iure facere potest, vtique pacti arralis exceptione repelletur. Eritque hoc casu necessaria exceptio. Non etiam si velit emptor agere ex empto ad arram repetendam. Etenim præter id quod exceptiones pacti sicut & doli insunt ipso iure iudiciis bonæ fidei *l.3. D. de rescind. vendit.* absurdum sanè est dicere dandam esse actionem ex empto ei qui contra pactum circa substantialia contractus appositum venire velit.

ERROR SEXTVS.

De contractu dationis arrarum. Ad constitutionem Iustiniani in l.contractus 17.C.de fid.instrum.

ATQVE hæc quidem ita, vti diximus, iure vetere obtinebant. Iustinianus autem vt in aliis ferè omnibus iuris partibus, ita & quod ad pactum arrale pertinet multa innouauit, in ea celebri constitutione quæ extat *in l.contractus 17. Cod. de fid. instrum.* quæ omni ex parte ius nouum continet. Ac primùm in eo, quod constituit de venditionibus, emptionibus, cæterisque contractibus habitis in scriptis, vt propriam ac specialem quandam naturam habeant à cæteris eiusdem generis contractibus differentem. Et si enim iam antea sic comparatū erat vt possent omnes

contractus in scripturam redigi quoties ita placeret cõtrahentibus, siue vt prõptior & certior esset rei gestæ probatio, siue vt lõgior & ad futuram memoriã, quæ duplex ratio esse solet interponendæ scripturæ *l.4.D.de pign.l.4. D.de fid. instrum.l.pecunia* 14.*C.de solut.* Inauditum tamen erat vt propter iniunctã necessitatem adhibendæ scripturæ, natura contractus immutaretur: quæ tamen hodie sic immutatur, vt quisquis contractus ille sit qui aut nudo cõsensu vt emptio & venditio, aut rei traditione vt permutatio, aut etiam verbis vt stipulatio perficiatur, non priùs hodie perfectus dici possit, licèt consensus, vel traditio, vel stipulatio interuenerit, nec aliter vires vllas habeat, quàm si instrumentum in mundum receptum, subscriptionibúsque partium confirmatum, & si per tabellionem conscribatur, etiam ab ipso completum & postremis partibus [sic enim mallem legere quàm vt vulgò *postremo à partib.*] id est omnibus suis partibus, quibus nec postrema desit absolutum: vt nulli liceat priusquàm hæc ita processerint & præcesserint, vel à scheda cõscripta, licèt literas vnius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo quod necdum est completum vel absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vindicare, Adeò, inquit Iustinianus, vt nec in huiusmodi venditionibus liceat dicere quod pro precio statuto necessitas vẽditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest ei persoluere. Quibus verbis ostendit apertissimè ita ius olim fuisse vt quamuis de venditione in scriptis facienda conuenisset, attamen statim atque precium solutum fuerat, liceret emptori actione ex empto cogere venditorem vel ad rem tradendam, vel quanti eo nomine interesset emptoris, quamuis non dum de eo contractu instrumentum vllum scriptum esset & redactum in mundum, quippe quòd solo consensu soláque precii conuentione perficeretur venditio, etiam quæ in scriptis fieri deberet. Quare & vix alio iuris loco inuenias factã mentionem distinctionis huius in venditionibus adhibendæ. An in scriptis factæ essent, aut sine scriptis. Nam quod scriptum legimus *in l.cùm inter* 4. *C.de peric.& commod.rei vendit.* adiectio sine dubio est interpretis cuiusdam respicientis ad supradictam Iustiniani constitutionem, cuius certè magnus & præcipuus effectus ad eum maximè tractatum pertinet, De periculo & commodo rei venditæ, in quo nec aliud inspici solet, quàm vtrum perfecta vẽditio sit necne, vt sciatur an periculum rei venditæ ad emptorem spectare debeat, an ad venditorem *l.1.2. & pass.eod.tit.l.1.l.si quis vina 4.l.necessariò 8.in princip.& pass. D. eod.l.quod sæpè 35.§.in his D.de contr.empt.* quibus tamen in locis omnibus cùm nulla distinctionis huius mentio fiat, quæ nullomodo prætermitti potuisset, vel ex eo maximè intelligimus non fuisse illam prudentibus cognitam, nec magis Imperatori Gordiano, cuius ea lex est, & qui multis seculis Iustinianũ antecessit. Ideóque & in quibusdam editionibus desunt apud Gordianum verba illa quæ nos interpreti adscribenda dicimus tanquam desumpta *ex d.l contractus*, & vt id coniicere liceat, sunt lineis interclusa, vt solent cætera quæ sunt suspecta. Vellem ego ad eundem modum notata esse postrema illa verba quæ lego apud Vlpianum *in l.item quæritur 13.§.vlt.D.locat.nisi in scriptis certum tempus conductione comprehensum est*, nisi quod probabilius videtur vt ea Triboniano adscribamus, volenti ex noua lege Iustiniani addere exceptionẽ ad ea omnia quæ Vlpianus *in eo §.vlt.* scripserat de tacita reconductione ob solam patientiam inducenda, quasi non debeat ea reconductio tacita induci cùm locatio in scriptis facta est, id est, vt Bartolus explicat; cùm ab initio conuenit vt scriptura esset de substantia

substantia locationis secundum formam *d.l.contractus*. Quòd eo casu non aliud tempus videatur deductum in locationem, quàm quod scriptura cõprehensum est, licet alioqui certum sit locationem perinde ac venditionẽ perfici solo consensu, nec scripturæ vllius adminiculo indigere, quemadmodum ex eodem Vlpiano scriptum est *in l.seq.*& ab Imperatoribus *in l.emptorem* 9.*l.cõtractus* 24. *C. eod.* in quibus mirũ esset non fuisse perinde additã illam exceptionẽ *nisi cùm in scriptis locatio fit* si eo tempore aliquis eius distinctionis & exceptionis vsus fuisset. Quãquam non facilè video quem rationis colorẽ habeat ista exceptio, etiã supposito iure nouo, quod Iustinianus induxit. Etsi enim fecit ille vt cùm conuenit de contrahendo in scriptis, contractus qui alioquin nudo consensu perficeretur, non priùs sit perfectus, quàm scriptura interuenerit eáq; cõpleta & absoluta sit, Non tamen fecit vt contractus ab initio perfectus in scriptis, nõ possit ex tacita voluntate partium cõtinuari vltra id tempus quod in scriptura fuerat comprehensum, Nouáque in eam rem opus esset constitutione Iustiniani, quæ faceret vt contractus ab initio in scriptis habitus non nisi per scripturam continuari posset quod esset multò durius, ne dicam absurdius. Reconductio enim noua conductio est, magis quàm continuatio prioris conductionis, & idcirco nouam habet naturam ex communibus iuris regulis non ex prima conuentione æstimandam. Vnde nec illud improbo quod vulgò interpretibus placet *ad d. l.contractus & ad l.iestum* 18. *C.de test.* quæ eiusdem Iustiniani est & velut pars eiusdem constitutionis vt ex inscriptione & subscriptione apparet. Tum quoque cùm de contractu scribendo conuenit, censendum tamẽ esse cõtractũ sine scriptis, potiùs quàm in scriptis nisi expressim conuenerit, vt ad substantiam contractus scriptura interponatur. Vt scilicèt à iure communi quàm minimùm fieri potest recedatur, nec ius nouum & exorbitans facilè vltra verba constitutionis extendatur. Consequenter fecit Iustinianus ius nouum in eo quod constituit, vt quamuis consensisent cõtrahentes in precio emptionis non sit tamen in potestate emptoris quantumlibet precium offerentis [hoc enim addendum est ad verba constitutionis *l.Iulianus* 13. *§.offerri D. de act.empt.*] necessitatem imponere venditori vt vel contractum venditionis perficiat, id est in scripturam completam & absolutã redigat, & deinde rem tradat, vel id quod emptoris interest, ei persoluat. Sed caput hoc constitutionis pendet à priore. Nã quo casu emptio & venditio solo consensu perfecta nõ est, eo casu nec vlla ex empto aut ex vendito actio nasci potest. Nulla enim aut in venditionibus aut in alio contractuum genere actio est comparata ad perficiendum contractum qui adhuc sit imperfectus, quia prius est vt contractus perfectus sit, quàm vt ex eo nasci actio possit. Potest quidem agi vt impleatur contractus qui nondum impletus est, sed ita demùm si iam perfectus sit, vt *in l.si quis alienam* 46. *D.de action.empt.* quoniam aliud est perfici contractum, aliud impleri. Cæterùm probat euidentissimè clausula ista legis Iustinianeæ quàm verum sit, quod nos toties diximus & probauimus in præcedentibus, Venditorem post perfectam nudo consensu venditionem non teneri ad id præcisè vt rem tradat, sed alternatiuè vt vel tradat rem, vel præstet id quod interest iuxta *l.1.eod.tit.l.si traditio* 4.*C. eo.* Nec video quemquã ex interpretibus qui contrariam sentẽtiã defendũt, cui in mentẽ veniat aliquid ad hũc textũ respondere. Nã si ea tantùm ratio probãda est quam affert Castrensis, Cur venditor qui ad factum obligatus est, cùm sit obligatus ad tradendũ *l.si rem tradi* 28. *De verb.oblig.* non liberetur præstatione eius quod interest, Quia inquit, traditio hæc ordinatur ad translationẽ dominij

& ideò non merum factum continet, sed etiam dationem, cùm ex ea traditione quam venditor facere debet, consecutiuè transferatur dominium si erat penes tradentem *d.l.ex empto §.1.* Ergo quod *in d.l.contractus* ait Iustinianus de danda venditori electione vt vel rem tradat vel præstet id quod interest emptoris, ad eum casum erit restringendum, quo aliena res vendita fit cuius dominium in emptorem transferri non possit: Quod tamen absurdum planè fit dicere. Quid enim attineret laborare tantoperè in perficienda venditione, tótque numeris & circumstantiis absoluenda si de rei alienæ tantùm venditione facienda Iustinianus sentiret? Et hoc quoque admisso, vt ea lex etiam in illo casu alienæ rei venditæ locum habere debeat, Quis tamen dicat restringendam esse ad eum casum, vt non etiam illum comprehendere Iustinianus voluerit, quo venditio facta sit à domino? Cùm itaque Iustinianus disertè scribat, In huiusmodi venditionibus quas in scriptis fieri conuenerit, non licere emptori dicere quod precio statuto necessitas imponatur venditori vel contractū venditionis perficere, vel id quod emptoris interest ei persoluere. An non docet apertissimè, In aliis vēditionibus sine scriptura factis iustam fore illam emptoris allegationem, & olim fuisse in iis quoque venditionibus quas in scriptis fieri placeret, tanquam quę nudo consensu ac sola precij conuentione iam perfectæ essent, Nisi quod olim nō de perficiendo contractu qui iam perfectus esset agere debebat emptor contra venditorem, sed de eo implendo. *d.l.si quis alienam.* Sed quis ferat quod pro remedio adfert Castrēsis cum cæteris interpretibus vt manu militari auferatur possessio venditori qui rei tradendæ facultatem habeat? Quasi ea sit generalis sententia *l. qui restituere 68.D.de rei vindic.* qua vna omnes in hanc sententiam mouentur. Etsi enim postrema illius legis clausula quæ vt reliqua tota lex Triboniani est non Vlpiani generalem esse monet sententiam & distinctionem in ea lege positam ad omnia siue interdicta siue actiones in rem siue in personam sint, addit tamē statim *ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur* vt intelligamus ad actiones tantùm arbitrarias quarum aliæ in rem aliæ in personam sunt *§.praetereà Instit.de action.* eam sententiam pertinere, non etiam ad personales illas quæ ex cōtractu competunt, etiam ad certam speciem dandam siue principaliter siue consecutiuè vt Castrensis loquitur. Alioqui perinde esset ea lex ad eas quoq; actiones extendenda quæ competerent ad rem tradendam & ad merum factū, quod tamen nec Castrensis dicere ausus est, Aut cùm ad has extendi non possit quæ ad merum tradendi factum competunt, Cur potiùs ad illas quæ ad dandū? Cùm datio omnis id est dominij translatio includat etiam traditionem in necessariū antecedens, quia ex priuatorum conuentionibus, vt potestatem legis excipiam dominium sine possessione transferri non potest, nec rursum possessio nisi per traditionem *l.traditionibus 20.C.de pact.l.per procuratorem 8.C.de acquir.poss.l. 1.& 2.D.de public.in rem act.* Sed de his omnibus iam satis in Err.4.Decad.precedentis. Sequitur in constitutione Iustiniani aliud ius nouum circa cōtractum dationis arrarum, cuius nec ipsum nomen fuerat antiquæ iurisprudentiæ cognitum: Sed tantùm arralis pacti de quo in superiore capite disputauimus. Quid verò hîc quoque noui Iustinianus? Hoc vnum quod scriptum est *in §.vlt.dict.l. contractus, Vt in posterum* inquit si quæ arræ super facienda emptione cuiuscunque rei datæ sunt siue in scriptis siue sine scriptis, licèt nō sit specialiter adiectū quid super iisdē arris non procedente contractu fieri oporteat, tamē & qui vēdere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est ab emptione recedens datis à se arris cadat, repetitione earum

deneganda. Hæc enim legis verba sunt, ex quibus primùm apparet non idem iuris olim fuisse, cùm id ius valere Iustinianus velit *in posterum*. Deinde non de pacto arrali eam legem intelligi debere, sed de contractu dationis arrarum, de quo in principio eiusdem legis in iis verbis *dationis etiam arrarum*. Quam contractus speciem nouam & anteà inauditam videtur induxisse sola necessitas illius iuris quod ea constitutione inducere Iustinianus cogitabat. Nam cùm ante illam constitutionem ita ius esset vt venditio quælibet etiam de qua in scriptis habenda conuenisset, solo consensu perficeretur, nec tam ad perfectionē quàm ad implementum contractus scripturam sequi oporteret. Illud etiam obtinere necesse erat vt nunquam arra daretur, nisi post consensum illum vtrinque præstitum & post perfectam venditionem, cùm in id solùm daretur vt esset argumentum perfectæ contractæque venditionis ne aliis in eam rem probationib. aut emptor aut venditor indigeret, quemadmodum suprà diximus ex Caio *in d.l. quod sæpè 35. in princ. De contr. empt. & ex Iustin. initio tit.* *Inst. De empt. & vendit.* Nunc autem cùm è contrario Iustinianus constituerit vt venditio quam in scriptis fieri placuit, non priùs sit perfecta quàm de contractu scriptura perfecta sit & absoluta. Illud etiam in necessarium consequens induxit, vt si quæ arræ in eiusmodi venditione dentur postquàm consensum est in precio, & ante confectam scripturam, eas necesse sit dicere datas esse ante perfectam venditionem, & ideò non vt anteà datas videri vt essent argumentum perfectæ venditionis, sed vt potiùs perficiendæ, & vt Iustinianus loquitur *super facienda emptione*, id est, vt probarent potiùs initum pactum de vendendo quàm venditionem. Qui enim consensus olim relatus ad tempus præsens poterat sufficere ad constituendam & perficiendam venditionem, hodie non inducit nisi pactum de vendendo & emendo, quòd faciendam non factam venditionem demonstrat. Idque est quod apertiùs posteà Iustinianus exprimit iis verbis *& qui vendere pollicitus est*: & paullò pòst *& qui emere pactus est*. Quo tamen casu cùm arrarum datio non possit dici pactum arrale, quippe quod non nisi post perfectā venditionem interponeretur, nec eò minùs tamen suum habeat effectum ex eâdem Iustiniani constitutione, quæ & emptorem condemnat vt arras perdat, & venditorem vt duplum earum reddat, necesse est dicere conuētionem istam arrarum hodie transire in contractum qui à datione incipit, & proprias suas habet præstationes, propriúmque nomen dationis, scilicet arrarum, propriam denique actionem, non ex empto, cui soli locus erat olim si nullo pacto adhibito arræ simpliciter datæ fuissent, & quæ similiter competebat ex pacto arrali, cum actione præscriptis verbis, sicuti suprà diximus. Sed, vt puto, condictione ex lege illa Iustiniani quæ nouam hanc contractus speciem induxit data ex eo actione: Cui tamen actioni, sicut & contractui locus hodie est, non solùm si arræ simpliciter datæ sint, nulla addita conuentione quid contrahentes fieri vellent si venditio non perficeretur: sed etiam si in dandis arris pactum aliquod arrale interuenerit. Nam quod Iustiniani lex habet, *licet non sit specialiter adiectum quid super iisdem arris non procedente contractu fieri oporteat* eò tantùm pertinet, vt intelligamus nullum esse hodie necessarium arrale pactum ad hoc, vt emptor arras perdat, & duplum venditor reddat, quod tamē olim erat necessarium *l. vlt. D. de leg. commiss.* Cæterùm si in ipsa datione arrarum aliquid amplius conuenerit, puta vt emptor si emptionem perficere nolet, præstet quanti emptoris intererit, aut quantò minoris res posteà venierit, vt *in l. sed Celsus 6. §. 1. D. de contr. empt.* Aut venditor si nolet vēditionem perficere, vt vice eius quod

intereſt certam præſtet quãtitatem pecuniæ, ne emptor probandũ habeat quãti ſua interſit ex conſilio Iureconſulti *in l. vlt. D. de prætor. ſtipulat.* dubitandũ non eſt quin eadem condictio quæ ex lege Iuſtiniani danda eſt emptori cõtra venditorem ad duplum arrarum eadem danda ſit emptori, aut venditori ad ea quę diximus conſequenda ſi in pactũ deducta ſint. Ideò aũt non põt in hac ſpecie dari actio ex empto aut ex vendito, quòd emptio & venditio nulla ſit antequàm ſit perfecta, Emptionem autem & venditionem præcedere neceſſe ſit, vt actio ex empto aut ex vendito ſequi poſſit, quomodo præcedebat olim ſemper vt pactũ arrale interponi poſſet: Quæ res faciebat vt ad ea omnia quæ pacto arrali cõprehenſa erant in fauorem ſiue emptoris ſiue venditoris, ſufficeret actio ex empto, & ex vendito. Quibus actionibus licèt poſſit locus eſſe, tùm quoque, cùm reſoluta emptio eſt, & facta res inempta, vt *in d. l. ſed Celſus §. 1. d. l. ex empto 11. §. is qui vina D. de action. empt.* non æquè tamen cùm venditio & emptio numquam perfecta fuit, quia facilius eſt vt venditionis & emptionis præteritæ quãuis reſolutæ veſtigium aliquod ſuperſit, quàm illius quæ numquam conſtitit, & numquam ad eſſe fuit perducta. Sic dicimus moram poſſe facere, vt res debita etiam quæ perempta eſt, extare adhuc videatur *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vltim. De verb. oblig.* Item vt ſpecies debita ex contractu ſtricto & poſt moram perempta poſſit nihilominùs æſtimari per iuſiurandum in litem *l. in actionibus 5. §. vlt. D. de in lit. iur.* quorum neutrum dici poteſt in ea re quæ numquam extiterit. Res enim quæ fuit aliquando ſed eſſe deſiit, licèt nullum eſſe amplius habeat, habet tamen ſuum fuiſſe, non etiam, quæ nec vnquã fuit, nec eſt, nec erit. Sed an ex huiuſmodi contractu dationis arrarum dabimus etiam actionem Præſcriptis verbis ad id quod pacto comprehenſum fuerit extra id quod lege Iuſtiniani continetur? Et puto dari debere ſi actor ea experiri malit. Cùm enim datio arrarum ſit hodie contractus ſuam propriam habẽs naturam, & qui incipit à traditione, quidni pariat eandem actionem Præſcriptis verbis quam pariunt cæteri contractus, qui re perficiuntur, ſi quid in traditione ipſa cõuenerit vt fiat? *ex l. in traditionibus 44. D. de pact. l. vltim. Cod. de rer. permut. l. legem 9. Cod. de donat.* Habet enim hæc traditio, & inducit hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem quoddam *συνάλλαγμα* inter dantem & accipiẽtem, ex quo naſci neceſſe eſt ciuilem actionem *l. iuris gentium 7. §. 1. D. de pact.* quæ non ſimiliter naſci olim potuiſſet, niſi pactum arrale poſt perfectam venditionem interpoſitum fuiſſet, de qua alia re præſtanda præter arrarum reſtitutionem quo caſu dabatur, vt diximus, actio ex empto & vendito, Alioqui pactum eiuſmodi fuiſſet nudum nec potuiſſet per ſolam traditionem tranſire in contractum innominatum, ſiquidem contractuum innominatorum qui à traditione incipiunt proprium illud eſt vt dominium ex iis transferri neceſſe ſit vt videre eſt in Contractibus Do vt des, & Do vt facias *l. vlt. D. de condict. cauſ. dat. l. naturalis 5. §. 1. & ſeqq. D. de præſcr. verb.* ſicut & in Permutatione quam vulgo noſtri inter contractus innominatos enumerant, *l. 1. D. de rer. permut.* At ex contractu traditionis arrarum non transfertur dominium, nec magis hodie quàm olim ex pacto licèt traditione ſecuta, quia non traduntur arræ vt dominium earum rerum quæ pro arris dantur tranſeat in accipientem, adeóque nec olim vt obligatio aliqua contraheretur arrarum nomine niſi aliquod pactum arrale præterea interceſſiſſet, Ideóque non poterat ex arrarum traditione dominium transferri quamuis dominus fuiſſet is qui arras dederat, quia non eo animo tradiderat *l. in omnibus rebus 55. D. de oblig. & action. l. non omnis 19. iunct. l. præced. D. de reb. credit.* Neque hac in re Iuſtinianus quicquam

quam innouauit, sed in eo tantùm vt ex traditione arrarum ciuilis nascatur obligatio quę olim nulla nascebatur inter emptorem & vẽditorem. Pro emptore quidem vt duplum arrarum exigere possit à venditore qui venditionem perficere recusat, Pro venditore autem vt si per emptorem steterit quominus emptio perficiatur arras ille perdat, id est vt earum dominium hoc ipso ad venditorem pertinere incipiat, Nec tantùm actionem ex empto ad eas repetendas emptori denegemus, quæ competere certè non potest ex emptione numquam perfecta. Sed etiam vindicationem, quæ ei tãquam adhuc manenti domino salua esse deberet si non obstaret constitutio Iustiniani: quæ tamen cùm iubet emptorem qui emptionem perficere recusat arras perdere, satis ostendit ne quidem hodie transferri dominium per dationem arrarum. Non enim posset dici emptor per suam contumaciam arras amittere quarum dominium iam inde ab initio in accipientem venditorem transtulisset. Cùm verò amittit hodie ex sola vi & potestate constitutionis Iustinianeæ adeò acquiritur dominium venditori vt si fortè rerum pro arris datarum possessione eeciderit, non minùs danda illi sit vindicatio, quàm pro alia re qualibet ad eum iure dominij pertinente. Quod olim nullo casu obtinebat, Nc tum quidem cùm pacto arrali conuenerat vt emptor arras perderet. Ex illo namque pacto vt & ex alio quolibet sola personalis actio non in rem parabatur, vt superiore capite dicebamus *ex l.3. Cod. de action. empt.* Neque verò nouum aut mirum videri debet vt priuatorum pactiones legum authoritate non censeantur *l. vltim. D. de suis & legit.* præsertim quod attinet ad dominium transferendum. Est enim lex vnus ex modis transferendi dominij non etiam priuata pactio nisi quæ & iusta sit & comitem habeat traditionem factam animo transferendi dominij *l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. 1. & 2. D. de public. in rem act.* Nisi poneres ea mente factam ab initio arrarum traditionem vt earum dominium venditori acquireretur in eum casum quo nollet ille contractum perficere. Nihil enim vetat dominium sub condicione transferri *l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* adeóque possessionem quod tamen propter admixtam facti causam difficilius videbatur *l. qui absente 38. §. 1. D. de acq. poss.* Et dominia rerum esse in pendenti *l. de hereditate 19. §. vltim. D. de castr. pecul. leg. quædam 15. D. de reb. dub.* Sed aliud est sic fieri traditionem vt in casum aliquem & veluti sub condicione dominium transferatur, Aliud verò post factam traditionem pacisci de perdendo alicuius rei dominio, de quo per traditionem transferendo non fuerat cogitatum, Priore casu potestate traditionis transfertur dominium ab eo qui fuit dominus, & quidem iusta causa concurrente quod fit secundum regulas iuris communis, Posteriore verò casu si dominium transferretur, vtique sola pacti potestate transferretur, quod fieri numquam potest.

ERROR SEPTIMVS.

Si emptio sine scriptis facta sit, & arra data sint siue ante siue post perfectam venditionem. Ad eandem l. contractus 17. Cod. de fid. instrument.

Quondum absoluimus quæ tractanda sunt circa hoc ius nouum quod Iustinianus induxit *in d.l. contractus 12. C. de fid. instrum.* de arris in emptione datis. Nam illud me aliquando malè habuit, quod cùm Iustinianus ipse testetur initio *tit. Instit. de emption. & vendit.* nihil se innouasse in emptionibus & venditionibus quæ sine scriptura consistunt. Scribit tamen & constituit *in d. l. contractus §. vlt.* Vt in posterum si quæ arræ super facienda emptione cuiuscunque rei datæ sint, licèt non sit specialiter adiectum quid super iisdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen & qui vendere pollicitus est venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est ab emptione recedens datis à se arris cadat, repetitione earum deneganda, & addit *siue in scriptis, siue sine scriptis facta venditio sit*, quod & repetit supradicto institutionum loco. Atqui constat non ita olim ius fuisse in venditionibus quæ sine scriptis fierent imò ne quidem in cæteris quæ in scriptis, vt ostendunt verba illa *in posterum* quæ iuris noui constitutionem præseferunt. Ergo vel falsum est quod ait Iustinianus nihil se innouasse circa venditiones in scriptis factas, vel supradicta verba fatendum est explicari commodè nō posse. Quæ tamen ne imperito interpreti adscribere possimus, vt illa *legis 4. Cod. de peric. & commod. rei vendit. contractu sine scriptis inito* illud impedit quod duobus diuersis locis eadē Iustiniani verba reperiuntur. Denique inauditum fuit toto iure vetere, vt arræ darentur super emptione siue in scriptis, siue sine scriptis facienda, cùm non aliam ob causam darentur, quàm vt essent argumentum perfectæ iam & contractæ venditionis, quemadmodum idem Iustin. præfatur initio *dict. Tit. de empt. & vendit.* post Caium *in l. quod sæpe 35. in princip. D. de contr. empt.* Puto ego Iustiniani hanc fuisse sententiam vt multùm interesse voluerit an arræ darentur super emptione siue in scriptis, siue sine scriptis facienda, an verò super ea quæ iam facta & perfecta esset. Vt si super facienda, obtineant ea omnia quæ ille *in d. §. vlt.* constituit, nec adhibenda sit distinctio an sine scriptis, an verò in scriptis venditionem fieri contrahentes voluerint. Si verò super facta iam venditione & perfecta, nihil noui Iustinianus induxerit, sed ius vetus hac parte intactum reliquerit. Nam si verba constitutionis respicimus, apparet non nisi ad perficiendam emptionem ea pertinere, vt euidentissimè probant illa *super facienda emptione.* Item quæ sequuntur *& qui vendere pollicitus est*, & rursum paullò pòst *& qui emere pactus est.* Item *ab emptione recedens.* Nemo enim ab emptione iam perfecta recedere potest inuito eo cum quo contraxit *l. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. disc.* Si autem iuris rationem intuemur, nihil causæ erat cur Iustinianus quicquam innouaret circa emptiones, & venditiones iam perfectas cum & emptori & venditori optimè consultum esset propositis actionibus Ex empto, & Ex vendito si fortè alter contrahentium alteri frangere fidem vellet, & à perfecta emptione sine iusta causa recedere. At circa venditiones imperfectas vel innouandum nihil erat, vel multa constituenda quæ innouationē facerent æquiorem. Innouauit autem Iustinianus primùm circa venditiones in scriptis faciendas, vt quamuis olim perinde ac aliæ nudo consensu perficerentur, nec scripturam pro perfectione sed pro implemento requirerent, hodie tamē pro imperfectis habeantur nisi scriptura interueniat, & ea omnia quæ Iustiniani constitutio requirit. Quo facto & verbis ipsis constitutionis protracto nouo iure ad eas quoque venditiones in scriptis faciendas de quibus iam scripta essent instrumenta uondum tamen absoluta. Illud quoque consequi necesse fuit, vt arræ

vt arræ quæ pro talibus emptionibus in posterum darentur, non iam eo animo datæ videri possent quo anteà, vt argumentum & probationem inducerent perfectæ iam venditionis, sed potiùs vt argumentum essent imperfectæ quidem adhuc venditionis, sed tamen iam promissæ, & quæ nihilominùs ex Iustiniani lege pœnitentiam admitteret. Ea igitur mente vt quamuis libera, non tamen impunita esset pœnitentia, quæ alioqui fuisset impunita, quia quod fit lege permittente pœnam non meretur, *vulg. l. Gracchus 5. C. ad leg. Iul. de adult.* Voluit enim Iustinianus hoc sequi temperamentum vt liberum quidem esset contrahentibus qui in scriptis contrahere voluissent resilire à contractu, sed non tamen impunè si de eo perficiendo arras dedissent, tanquam qui non eò minùs essent perfidi, licèt minùs efficax, minúsque promptum ad inducendam obligationem genus contrahendi elegissent. Et ob eam nimirum causam necesse fuit constituere vt eo casu datio arrarum esset species quædã contractus per se subsistens, nec ab emptione dependens, & vt Castrẽsis loquitur accessorius ad emptionem, vt anteà. Quoniam fieri nequit vt pendeat à venditione imperfecta, cùm sit ipse perfectus suásq; vires exerat & paratas habeat præstationes in eum casum non quo perficietur emptio, sed quo non perficietur, Nempe vt eo metu incurrendæ pœnæ quam Iustinianus præscripsit, inuitaretur vterque contrahentiũ ad perficiendum contractum. Emptor quidem ne arras perderet, Vẽditor autem ne duplum arrarũ redderet; Nullo etiam arrali pacto de iis rebus interposito. Sicuti solemus dicere, Metu pœnæ in cõpromisso additæ pareri sententiæ arbitri compromissarij quæ alioquin vires nullas haberet *l. 2. & pass. D. de recept. Qui arbitr. recept. vt sentent. dic.* Postquàm verò ita ius constitutum à Iustiniano fuit, & constituendũ circa arras pro emptione in scriptis perficienda datas, Visum est eidem Iustiniano nihil planè hodie referre an emptio & vẽditio pura inter contrahentes facta sit, hoc tamen addito vt in scriptis fiat, an verò pactũ duntaxat intercesserit de vendendo & emendo, addita certi & conuẽti precij quantitate. Vtroq; enim casu perinde imperfecta hodie est venditio, nec vlla aut hinc, aut inde actio cõpetit ad perficiendam venditionẽ, quamuis diuersa ratione. Nã cùm in scriptis venditionem fieri placuit licèt de precio iam conuenerit, ideò nulla actio competit, quia inchoata tãtùm nec adhuc perfecta venditio est. Ex contractu autẽ, vt & ex instrumento imperfecto nulla potest actio competere *d. l. quod sæpe 35. §. in his D. de contr. empt. l. vl. C. eo. l. ex ea scriptura 29. D. qui testam. facer. poss.* At cùm interuenit duntaxat pactũ de vendendo & emendo licet iam conuenerit de precio, nulladũ tamen venditio inchoata est, Tantùm abest vt sit perfecta, Ideóq; ratio alia nulla quærenda est propter quam nulla empti aut venditi obligatio vel actio, adhuc nata sit, quàm quia ex pacto nudo neq; obligatio ciuilis nasci potest, nec quæ ex obligatione ciuili, actio *l. iuris gentium 7. §. sed cùm nulla & seqq. D. de pact. l. legem 10. C. eod.* Cùm tamen idẽ sit effectus vtroq; casu, aut potiùs idem defectus & imperfectæ venditionis, & pacti de vendendo ad producendã actionem ex empto aut ex vendito, Putauit Iustinianus perinde inducendũ esse vsum contractus dationis arrarum pro pacto de vendendo atq; pro venditione imperfecta quòd vtroq; casu subsit eadẽ ratio necessitatis & vtilitatis huiusmodi contractus, ad obstringendos paciscentes vt promissa impleant, & venditionem aut totã faciant si duntaxat pactũ de vendendo interuenerat, aut perficiant si iam fuerat inchoata: Quasi venditio ipsa de qua in scriptis facienda conuẽnit, effectu ipso nihil aliud sit quàm pactũ de vendendo, licèt consensum præsentem, & certum precium habeat. Propter

suspensionem quam inducit conuentio & necessitas adhibendæ scripturæ, Vt & in cæteris rebus omnibus parum aut nihil prodest inchoasse, quod non perfeceris. Inde nimirum factum est vt quod de arris vel ab emptore perdendis, vel à venditore in duplum reddendis constitutum Iustinianus voluit si conuenisset de emptione in scriptis facienda, idem protractum voluerit ad arras datas post pactum de vendendo & emendo, vt neque hoc casu impunita sit perfidia eius qui contra placiti fidem recusat adimplere venditionem aut emptionem. Nam cùm per pactum contrahatur naturalis obligatio *l. Stichum aut Pamphilũ 95. §. naturalis de solut.* Is autem naturâ debere dicatur quem iure gentium dare oportet cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 84. §. is natura debet De reg. iur.* apparet non minùs perfidum, & iuris gentium violatorem illum esse, qui quod pacto nudo promisit non prestat quàm qui iam inchoatã venditionem implere recusat. Ergo & puniri æquum est, saltẽ arrarũ iactura, tùm quoque cùm arrale pactum nullum intercessit, id est de perdendis vel reddendis arris nihil conuenit. Sed quanã vel actionẽ, vel exceptione, nisi remediũ Iustiniani cõstitutio attulisset? Et sanè non habet quod conqueratur emptor aut vẽditor, cui pœnam hanc Iustinianus irrogauit eo casu quo de venditione in scriptis facienda cõuenerit, cùm æqui boniq; cõsulere debeat quod non cogatur præcisè aut vẽditionem implere aut id quod interest, vel precij vsuras prestare, quorum alterutrum tamen etiam hodie facere teneretur si noua Iustiniani constitutio non faceret imperfectam & inefficacem venditionem, Commutata potestate vẽditionis & emptionis in potestatem dationis arrarum, ad arras aut perdendas, aut reddendas, veluti pœnæ nomine, quam tamen euitare vterque contrahentium possit, si fidem implere ac venditionem aut emptionem perficere malit. In quo fecit vtique Iustinianus meliorem ipsorum condicionem, quàm futura esset ex ratione iuris communis. Is autem qui pactus tantùm est de vendendo vel emendo iustam querelæ occasionem habere videtur de Iustiniani lege, quæ cùm arræ datæ sunt, duriorem ipsius condicionem fecerit quàm esset anteà cùm ex forma iuris veteris neque arras perdere emptor deberet, neque venditor duplas reddere, tametsi fidem frangere maximè voluisset. Verùm ad id respexisse Iustinianus videtur, quòd cùm post initum pactum de vendendo vel emendo arræ datæ sunt, longè insignior ac quodãmodo duplex sit perfidia illius qui posteà venditionẽ facere recusat, quia & duplex pactũ hic est. Vnum de vendendo & emẽdo. Alterũ in ipsa datione arrarum, per quam geminatur prior cõsensus ex vtraque parte & dantis & accipientis. Nã & Prætor ipse cuius multò minor fuit authoritas quàm Imperatoris, quædã pacta suo edicto excepta voluit, ex quibus cõtra iuris sui communes regulas actionem daret, Pactum scilicet de constituta pecunia & pactum de pignore *l. 1. D. de constit. pecun. l. 4. D. de pigno.* Nimirum quia vtrumque pactum secundum est, & vt alteri obligationi priori saltem naturali accedat, necesse est. Grauius enim fidem fallit qui bis fallit quàm qui semel. Atqui datio arrarum similiter accedit semper ad obligationem aliquam præcedẽtem, quæ saltem sit naturalis. Si enim non fiat post vẽditionem iam inchoatam, necesse est vt fiat post pactum de vendendo aut emendo, adeóque quod magis est post factam conuentionem de certo precio. Alioqui esset inanis & illusoria datio arrarum, cùm potissima difficultas venditionis contrahendæ versetur circa conuentionem precij, dum emptor viliore comparandi, venditor autem cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones paullatim venditore de eo quod petierat detrahente, em-

ptore

ptore autem huic quod obtulerat, addente ad certum consentiant precium, vt eleganter scriptum est *in l. si voluntate* 8. *Cod. de rescind. vendit.* Quis enim aut emptori, aut venditori posset imputare si in precio consentire numquam vellent? At cùm in precio semel consensum est non per contractum emptionis & venditionis, sed per pactum duntaxat de emendo & vendendo nulla iam difficultas superest, quæ emptionem & venditionem remorari possit, nisi si qua ex emptoris aut venditoris non tam pœnitentia, quàm perfidia proficiscatur, cui fauere iniuriosum, quàm punire honestum ac iustum sit. Nihil ergo iniqui hac parte habet constitutio Iustiniani, quin potiùs hoc commodi, vt datio arrarum iuncta pacto de vendendo possit penè ab inuito emptore aut venditore elicere perfectionem contractus, metu pœnæ & condictionis ex lege Iustiniani, perinde atque si coniuncta esset venditioni iam inchoatæ. Quodnam enim aliud votum est paciscentium, nisi vt quicquid in pactum deducitur, effectum suum plenissimũ sortiatur, licèt nulla pœnæ stipulatione sit vallatum? Porrò his duobus casibus, id est, siue conuenerit vt emptio in scriptis fieret, siue pactum duntaxat de vendendo & e[m]endo præcesserit, necesse fuit Iustiniano inducere vt datio arrarum per se subsistens nullóque alterius cõtractus adminiculo suffulta propriam constituat speciem contractus quam olim nullo casu constituebat, cùm accederet semper ad perfectam emptionem, Non quia nimis nouum videri potuisset dari actionem ex pacto nudo, quam & Theodosius iam olim dedit fauore dotium etiam ex nuda dotis pollicitatione *l. ad exactionem 6. C. de dot. promiss.* & Iustinianus ipse ex pacto donationis *in l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* Sed quoniam datio arrarum per se ne quidem pactum est, nec quid aptũ & habile ad obligationem inducendam, adeóq; nec ad confirmandam eam quæ iam inducta sit, sed tantùm ad demonstrandam illam & probandam. Fecit Iustinianus obligatoriam, cùm pœnam indixit ei per quem fiat quominus perficiatur contractus cuius faciendi vel perficiendi intuitu arræ datæ sunt: & cùm ob eam causam dedit condictionem ex lege, Confirmatis etiam pactis omnibus quę in datione ipsa interuenerint, Vt ex iis nimirum detur non tantùm condictio ex lege, verùm etiam Præscriptis verbis tanquam ex aliis pactis quibuslibet adhibitis in contractu stricto. Qualis haud dubiè est quisquis est innominatus, In quo numero ponendus hic est, dationis arrarum, cùm incipiat à datione. Nam quicquid præcedit dationem aliud est à contractu, licèt datio ipsa non fiat nisi ex compacto, vt & in Permutatione, & contractibus Do vt des, & Do vt facias. Sicut & factum in contractibus Facio vt des, & Facio vt facias, Nempe quia datio arrarum, non autem pactum de dandis arris initium obligationi, & contractui præbet.

ERROR OCTAVVS.

De arris datis post perfectam emptionem. Et quid si conuenerit vt si emptorem pœniteat fiant venditoris.

QVID ergo si nõ super facienda aut perficienda vẽditione arræ datæ proponãtur, sed, vt fiebat olim, post perfectã nudo consensu ac sine scriptis vẽditionẽ? Idémq; tractari potest circa emptionẽ factam in scriptis si ponas scripturam quoque completam esse & absolutam.

Erit enim hoc casu perfecta venditio etiam de qua conuenerat vt fieret in scriptis, necdũ tamen erit impleta, quod longè diuersum est vt docuimus. Impletur enim traditione rei venditæ ex parte venditoris & numeratione precij ex parte emptoris *l. si quis alienam 46.* iunct. *l. ex empto 11. §. 1. & pass. D. de act. empt.* An ęquè dicemus ex eâdem Iustiniani constitutione futurum vt emptor si precium numerare nolet, arras perdat: Venditor autem si rem tradere aut id quod emptoris interest persoluere recusabit duplas restituat? Ita vulgo nostri putant *ad d. l. contract. u,* vbi Castrensis *num. 11.* nec quidem de hoc dubitat, sed de illo tantùm de quo antiqui glossatores magnis inter se contentionibus disceptarunt, An emptor qui arras dederat venditori audiendus sit si malit cogere venditorem ad rem tradendam aut ad præstandum id quod interest quàm arras duplicatas repetere, An verò sit repellendus, tanquam qui per dationem arrarum sibi præiudicauerit, & à prouisione legali recessisse videatur. Ac quoniam frequentiore calculo in illam eunt sententiam, vt non sit iuris communis beneficio priuandus emptor qui arras dedit, solent illi subinde quærere, An si emptor duplicatas arras petierit & consecutus sit à venditore, adhuc permittendum ei sit vt agat, ad id quod interest, si intersit suprà quàm sit precium arrarum duplicatarum. In qua quæstione magis probant vt non possit, sed debeat esse contentus via extraordinaria quam elegit, vt idem Castr. concludit *num. 11. & 13. ad fin.* Ego verò quæstiones istas omnes prorsus ociosas esse arbitror & ex falsa suppositione conflatas. Supponunt enim quod nos negamus, nouam Iustiniani constitutionem ad has quoque emptiones & venditiones quæ iam perfectæ fuerint pertinere. Et consequenter ad eum casum quo arræ datæ sint super emptione perfecta cùm tamen legis verba quæ suprà retulimus non loquantur nisi de emptione facienda, nec de alio venditore quàm qui pollicitus tantùm sit vendere, nec de alio emptore quàm qui duntaxat pactus sit emere. Quorum omnium nihil est quod ad casum perfectæ venditionis accommodare possis. Cur ergo legem nouam pœnalem, & ob hoc ipsum odiosam, velis extendere ad eum casum de quo nullomodo loquatur? An fortassis ex identitate, adeóque vt loquuntur, maioritate rationis, quod absurdum sit meliorem esse condicionem eius qui perfectæ venditionis fidem fregerit, quàm illius qui vel imperfectæ, vel pacti tantùm de vendendo? Imò inquam diuersissima horum casuum ratio est. Semper enim melioris condicionis erit emptor post perfectam emptionem licèt ei denegemus arrarum duplicatarum repetitionem, Cùm eo casu sit habiturus suo iure ac citra vllam constitutionem Iustiniani actionem ex empto ad extorquendam ab inuito venditore traditionem rei venditæ, aut prętationem eius quod interest, cuius quantitas vix est vt non excedat semper arras duplicatas, Nec enim arrarum nomine dari solet, nisi quid minus precio, vt in precium conuerti & imputari possit, vt *in dict. l. 2. Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. vltim. D. de leg. commiss.* Id autem quod interest non solùm æquat sed etiam egreditur plerunque precium *l. 1. D. de action. empt. l in interdicto 6. D. vnde vi.* Etsi hoc tantùm ad eas arras pertinet quæ consistunt in pecunia numerata, in qua & precium consistere semper debet *§. precium Institut. de empt. & vendit.* Quo tamen casu noli dicere cum Accursio *ad dict. l. 2. Cod. quand. lic. ab emption. disced.* videri id actum inter contrahentes vt arræ conuerterentur in precium, & darentur in partem precij. Licèt enim per pactum id fieri possit, vt *in dict. l. vltim. D. de leg. commiss.* Attamen nullo interueniente pacto

pacto falsum est videri vllo casu datas arras pro parte precij, Cùm implicet contradictionem vt eadem pecunia detur pro arra & pro precio, siquidem pecuniæ pro arra datæ quatenus arra est dominium numquam transfertur in accipientem. Quomodo transferri necesse est dominium pecuniæ quæ pro precio datur *dict. l. ex empto* 11. *§.* 1. *D. de act. empt.* Proinde quamuis solutio precij siue totius siue pro parte faciat vt res desinat esse integra quominus nudo consensu contrahentium resolui adhuc possit venditio, arrę tamen datio numquam facit, vt eo minùs sint omnia integra, nec magis cùm in pecunia consistit, quàm cùm in auro, vel in annulo, vt *in dict. l. 2. Cod. quand. lic. ab empt. disced. dict. l. ex empto §. is qui vina De act. empt. l. cuicunque 5. §. item si institor D. de instit. act.* Nihil enim commune habet arræ datio cum substantialibus contractus, neque venditionem aut imperfectam perficit, aut perfectam implet, siue in totum, siue pro parte: Licèt ad hoc potissimùm tendat, vt venditio vel perficiatur si imperfecta sit, vel impleatur, si perfecta. Sed nec illud probare possum quod eidem Accursio placere video *ad dict. l.* 2. Si is qui arram dedit pactus sit in ea danda, vt si eum factæ venditionis pœniteret, arra fieret venditoris, acquiri venditori dominium ita vt rem pro arra datam possit vindicare si fortè eius possessione ceciderit. Etsi enim hoc casu non solùm pactum interuenit, sed etiam traditio à domino facta per quam dominium transferri possit vt ratiocinatur Accursius. Nego tamen posse transferri dominium per traditionem quamuis factam à domino, si aliam nullam causam habeat quàm pactum nudum, quoniam hoc casu traditio nulla est, nec vestiri potest per pactum cohærens quod ipsum sit nudum, quódque per traditionem vestiri debeat, vt nudum esse desinat, & actionem parere possit *l. in traditionibus 44. D. de pact. l. vltim. Cod. de rer. permut. l. legem 9. Cod. de donat.* Nuda autem traditio numquam transfert dominium sed ea sola quę iustum aliquem titulum habet pro causa, vt toties diximus ex *l. numquam nuda* 31. *D. de acq. rer. rer. domin.* Quamquam verò in proposita specie in qua ponimus datam esse arram post perfectam emptionem videtur præcedere titulus emptionis qui iustissimus est *dict. l. numquam*, dici tamen non potest traditionem hanc habere titulum emptionis pro causa, cùm è contrario non habeat locum huiusmodi pactum arrale nisi in eum casum quo ab emptione discedatur, & emptio irrita fiat: Vt non tam emptio, quàm non emptio huius pacti causa esse videatur. In eóque errat frequenter Accursius qui in quæstione illa quoties occurrit, De translatione dominij, nihil aliud inspiciendum putat, nisi an traditio à domino facta sit, nec requirit prætereà vt traditio sit non nuda, quod tamen Iurisprudentia tota exigit *dict. l. numquam l. 3. D. si vsusfr. pet. l. si finita* 15. *§. Iulianus D. de damn. infect.* Nempe quia differentiam illam duplicis dominij bonitarij & Quiritiarij non intellexit, quam totam Vlpiani Fragmentis debemus *Tit.* 19. *De acquisit. rer.* & de qua tā multa tā sępè scripsimus. Cùm igitur arrarum traditio nullam iustam causam habeat transferendi dominij, nec aliam vllam quàm voluntatem nudam contrahentium, Prorsus consequens est vt non magis transferri ex ea possit dominium quàm si à non domino facta esset. Quare nec ita concipiunt hoc pactum prudentes nostri vt res quæ arræ nomine data est ab emptore, fiat venditoris, quomodo concipitur ab Accursio, sed vt arram emptor perdat, vt *in dict. l. vltim. D. de leg. commiss.* Quomodo etiam loquitur Iustinianus *in dict. l. contractus* 17. *in fin. Cod. de fid. instrum.* An verò posset emptor dici arram perdere tunc cùm ab emptione vellet recedere, si eius dominium iam transtulisset per traditionem? Amittitur enim dominium sua

cùm transfertur, cùm penes duos in solidum eodem tempore esse non possit *vulg.l.5.§.si duobus D. commod. l.de hereditate 19. §.pater D. de castr.pec.* Scio quod iam suprà monui posse dominium esse in pendenti, & sub condicione quoque transferri *dict.l.de hereditate §.vltim.l.quadam sunt 15.D.de reb.dub.l.si ego 9.§.si res D.de iur.dot.* sicut & possessionem *l.qui absentis 38. D.de acquir.poss.* Sed dico non aliter id euenire posse, quàm si traditio facta sit ex iusta causa vt in legibus supradictis. Fateor non esse iniquum pactum vt emptor arras perdat si emptionem irritam facere velit. Sed alia causa est pacti, alia traditionis, id est alia perdendarum arrarum, alia tradendarum. Nec tantùm pacti sed potissimùm traditionis iustam causam esse oportet vt dominium transferatur. Quod autem iustum sit pactum, nihil aliud inducere potest nisi vt si incontinenti post perfectam venditionem vel rebus integris etiam ex interuallo adhibitum sit, actionem ex empto quæ personalis est parere possit, non etiam prodesse ad translationem dominij, ex eáque causa inducendam ciuilem vindicationem. Præter id quod implicat contradictionem, vt cùm aliquid arrarum nomine datur ab emptore, dominium eius transferatur in venditorem, quia nec dantis animus ille est nec accipientis, cùm non soleant arræ dari post venditionem perfectam, de quibus solis nunc loquimur nisi vt sint argumentum perfectæ venditionis *dict. l. quod sæpe 35. De contr. empt.* & apud Iustinianum initio *Tit. De empt. & vendit.* Quanquam nec animus ille sufficeret, secuto etiam pacto & secuta traditione, vt dixi, si non præcederet iusta causa tradendi. At neque potest ita concipi pactum vt emptor arras perdat ob non impletam emptionem, quin addas conuenisse prætereà vt res inempta fieret sicut *in dict.l.vltim.de leg. commiss.* Alioqui manente ac subsistente venditione, alterutrum euenire necesse esset, Vt vel venditor quoque à venditione discedere vellet, vel vt nollet. Si vellet, vtique pactum inciperet esse iniquum, ex quo emptor arras perderet ob non impletam venditionem à qua discessisset consentiente venditore, qui eum vt venditioni staret cogere actione ex vendito potuisset: Nec ea sanè videtur fuisse mens paciscentium, sed illa potiùs vt arras emptor perderet si inuito venditore venditionem irritam, & fundum inemptum facere vellet. At rursum si nollet venditor à venditione discedere, non esset in potestate emptoris arras perdendo resoluere perfectam venditionem: quippe quæ non nisi mutuo & contrario consensu resolui potest siue arræ aliquæ datæ sint, siue nullæ *dict.l.2.Cod.quand.lic.ab empt. disced.* Quinimò etiam rato manente pacto, & arris perditis, venditio nihilominùs subsisteret, quæ non esset resoluta. Quod ipsum tamen etiam iniquum pactum faceret cùm perditio arrarum nihil nisi pœna sit resolutæ venditionis, quam pœnam pati non debet emptor, qui licet id maximè agat quantum potest vt venditionem irritam faciat, eam tamen irritam facere non potuit, neque actionem venditori ex ea competentem aufferre *l.penult. vers. nec tamen Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Atqui tractat Accursius eum casum, quo venditio perfecta fuerit, nec ponit conuenisse pacto vt per solam emptoris pœnitentiam irrita fieret. Quæ conuentio nec scio an defendi iure posset. Nam quemadmodum in alterutrius contrahentium meram voluntatem conferri venditio non potest *l.hæc venditio 7. D.de contr.empt.l.in vendentis 13.Cod eodem.* ita neque resolutio venditionis, quam perinde ex mutuo vtriusque consensu fieri oportet *dict.l.2.Cod.quand. lic. ab empt.disced.* Eadem enim iuris ratio vtroque casu locum habet quam adfert Vlpianus *in dict.l.hæc venditio,* quòd non debeat esse

in arbitrio eius qui obligatur an sit obstrictus, Multò minùs an maneat obstrictus, qui semel fuit, Vt eadem sit in omnibus ratio distractus quæ contractus, quod & nostri fatentur ita esse debere *ex l.de tutela 7. Cod.de in integr.restit. minor. l.sub prætextu 19. Cod. de transact.* Et quamuis tùm quoque cùm pactum ita conceptum est, vt *in dict.l.vltim. D.de leg.commiss.* id est vt si emptor intra certum tempus precium non solueret arras perderet, ac res inempta fieret, videatur collata in arbitrium emptoris resolutio venditionis cùm in arbitrio & potestate ipsius futurum sit vt precium non soluat atque ita venditionem irritam faciat. Multum tamen interest an in nudam eius voluntatem collata sit resolutio emptionis, vt in casu Accursij, an verò in eum euentum qui pendeat ex ipsius voluntate, vt *in dict.l.vltim.* Habétque locum hic quod iactari solet, Expressa nocent, non expressa non nocent, vt & in specie *l.nonnumquam 52. De condic. & demonstr. l.si ita legatum 65. §.1. De legat.1. l. fideicommissa 11. §. quamquam de leg.3.* Non potest igitur verum esse quod vult Accursius, Ex eiusmodi pacto de arris perdendis & venditori acquirendis si emptorem pœniteat perfectæ venditionis, transferri dominium arrarum in venditorem, vt à quocunque possessore vindicare postea eas possit, cùm neque pactum hoc valeat. Fefellit Accursium constitutio Iustiniani *in dict. l. contractus*, vbi perdit arras emptor si ab emptione recedat, nec quicquam amplius ab eo exigere venditor potest: Nec videt Accursius quod nos docuimus in præcedentibus, tractari à Iustiniano casum illum quo emptor arras dederit pro imperfecta emptione perficienda. Quo casu nihil est quod tractari possit de venditione resoluenda quæ numquam perfecta fuerit. Nos autem de venditione iam perfecta & ex qua natæ sint vtrimque obligationes empti, & venditi & actiones, Ex empto & Ex vendito, quæ etiam rebus omnibus integris resolui non possint nuda vnius voluntate, sed mutuo tantùm consensu vtriusque. Præter id quod iam diximus, Aliud esse pacisci de arris perdendis, aliud verò de dominio earum in venditorem transferendo. Nam ex pacto de arris perdendis nascitur tantùm personalis actio ex vendito aut exceptio, non etiam vindicatio, quæ nasceretur vtique ex translatione dominij. Vt etiam hoc casu verum sit quod ait *l.3. C. de action.empt.* Ex arrali pacto personalem duntaxat actionem paciscentibus præparari, Ad exclusionem scilicet vindicationis quæ ex pacto illo etiamsi traditionem iunctam habeat numquam nasci potest. An ergo si earum rerum quæ pro arris datæ sunt possessione venditor ceciderit, nullam pro iis repetendis actionem in rem habebit? Imò verò habebit Publicianam quæ vtilis & prætoria in rem actio est, & subsidiaria ciuilis vindicationis, Vt eo plerumque casu competat cui directa & ciuilis competere non potest. Etenim quo casu traditio dominium transferre nequit, aut quia facta sit à non domino, aut quod iusta causa transferendi dominij nulla præcedat, solet illa transferre causam vsucapiendi *dict.l.3. D.si vsusfruct.pet. dict.l.si finita 15. §.Iulianus D.de damn. infect.* & consequenter inducit Publicianam quæ datur eo colore quasi possessoriam vsuceperit eam rem quam possidet, tametsi vsucapionem eius nondum compleuerit *§. namque Instit.de act.* Ampliùs puto, addendum esse hunc casum quibusdam aliis in quibus datur Publiciana etiam contra dominum aduersus communes prætorij iuris regulas, *l.penult. & vltim. D.de Public.in rem act.* Iunct. *l.si à Titio 72. D.de rei vind. l.4. §.si à Titio D.de doli mal.except. l.2. D.de except.rei vend.* Nā cùm is qui dominus nō est ius habeat ab ipso domino, & ex ipsius volūtate plus iuris habere debet quàm alius quilibet bonæ fidei possessor, tam quam qui

plus quàm bonæ fidei possessor esse videatur. Qua enim fronte Publicianæ actioni posset ille obiicere exceptionem dominij, cùm is ipse arras tradiderit, & quidem ex iusto pacto? Cur ei permitteremus contra proprium factum, propriamque conuentionem venire? Aut si exceptionem dominij ab eo patiamur obiici, saltem replicatio doli aduersus eum danda esset, vt & *in dict.l.72. De rei vindic.dict.l.2. De except.rei vendit. dict.l.4. §.si à Titio De dolo mal. except.* atque ita semper vtilis & efficax erit Publiciana etiam contra emptorem ipsum qui manserit dominus. Cæterùm quæ ratio facit vt venditor non possit eas res, quæ pro arris datæ sunt, vindicare si ab alio possideantur, quia dominus non est, eadem efficit vt earum vindicatio danda sit emptori, quia mansit dominus, Et quidem sine exceptione si eas vindicet ab alio, quàm à venditore, quia ex pacto arrali nihil iuris habere contra emptorem alius quàm venditor potest, sed si contra venditorem ipsum agere vellet repellendus esset doli exceptione. Nam quæ ratio æquitatis daret venditori vindicanti replicationem doli aduersus exceptionem dominij, eadem suadet vt ei aduersus emptorem vindicantem accommodanda sit doli exceptio, non minùs quàm si vindicare vellet rem à se venditam & traditam, cuius ipse dominium in alium non transtulisset *l.1.& tot.tit.De except.rei vendit.l.vindicantem* 17. *l.Seia* 73. *D.de euict.* Ex his intelligimus verum esse quod Iustinianus profitetur initio *dict. Tit.Inst. de empt.& vendit.* nihil se innouasse *in dict.l.contractus*, circa venditiones & emptiones sine scriptis factas, nec circa arras super iis datas, dummodò de iis emptionibus intelligas, quæ iam sint perfectæ, Innouasse tamen circa emptiones sine scriptis faciendas & adhuc imperfectas, quæ nihil aliud sunt nec esse possunt, quàm pacta de vendendo & emendo, ac circa arras super iis datas, siue pactum arrale aliquod interuenerit, siue nullum. Nam ita ius erat ante illam constitutionem vt pacta arralia facta in datione arrarum priusquàm perfecta esset venditio non valerent si non essent vallata per stipulationem, cùm datio arrarum nondum eo tempore contractus esset, cuius cohærentia eiusmodi pacta vestiri possent.

ERROR NONVS.

De replicatione doli quam emptori dat Accursius in posteriore specie l.2. C.quand.lic.ab empt.disced.

DISTINGVVNT Imperatores *in l.2. C.quand.lic.ab empt.disced.* an post perfectam nudo consensu emptionem & ante rem secutam arræ datæ sint, deinde mutuo consensu inter contrahentes placuerit vt ab emptione in totũ recederetur, an verò post solutionem precij aut partis precij tale pactum interpositũ sit ad resoluendam venditionẽ. Priore casu rescribunt valere pactionem, & resoluta venditione ipso iure competere actionem ex empto ad arras recuperandas, de quo iam diximus. Posteriore verò *si partem precij* inquiunt, *persoluisti, ad ea quæ venditorem ex venditione præstare oportet, magis actionem, quàm ad precij quantitatem quam te dedisse significas, habes*, Vbi noster Accursius notat sensum legis esse, vt in hac posteriore legis specie actio ex empto competat emptori aduersus venditorem ad rem tradendam nil obstante pacto quo

post

post perfectam emptionem, solutámque partem precij conuenerat vt ab emptione discederetur, sed opposita, inquit, replicatione doli si venditor de pacto excipiat. Hoc verò primum est quod probare non possum. Nam præter id quod de replicatione ista doli nullum apud Imperarores verbum est, Non video quænam hîc necessitas aut vtilitas possit esse huiusmodi replicationis, Quia cùm actio ex empto sit bonæ fidei certum est inesse illi exceptiones pacti & doli ipso iure *l. sed si ideò* 21. *D. solut. matrim. l.* 3. *D. de rescind. vendit. l. huiusmodi* 84. *§. qui seruum de legat.* 1. Ergo & replicationes, quæ nihil aliud sunt, quàm exceptiones licèt ex actoris parte veniant *l.* 2. *D. de except.* Vbi quod additur ideò necessarias esse replicationes vt exceptiones excludant & oppugnent, ostendit satis. Non esse igitur illas necessarias quoties nec vllam exceptionem obiici necesse est, vt in bonæ fidei iudiciis. Idémque de duplicationibus, & triplicationibus iuris est. At neque probare possum quod Accursius putat dandam ex eiusmodi pacto resolutorio exceptionem vllam venditori. Primùm quia pactum hoc resolutorium interpositum re non ampliùs integra nullius planè momenti est ad resoluendam venditionem, non tantùm ipso iure sed & ope exceptionis, Alioquin effectu ipso resolueretur venditio, si ope saltem exceptionis pacti huius resolui posset, Nec valde interesset quod ad effectum rei pertineret, an ipso iure an exceptionis tantùm ope resolueretur. Sicuti solemus dicere, Nihil interesse an ipso iure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur *l. nihil interest* 112. *De reg. iur.* Adeóque nullam videri actionem ei competere qui eam habet quam debitoris excludit inopia *l. nam is nullam* 6. *D. de dolo.* Deinde quia cùm huiusmodi pactum nullius omnino sit momenti, vt diximus, non potest eam vim habere vt pariat exceptionem. Ea namque demùm pacta exceptionem pariunt quæ Prætor edicto suo seruaturũ se pollicetur *l. iuris gentium* 7. *§. ait Prætor de pact.* Non enim seruat nisi data ex iis exceptione. In pactis autem quæ Prætor se seruaturum pollicetur, ea nominatim excipiuntur quæ contra leges facta sunt, In quo numero hoc sanè est per quod id agitur vt à perfecta venditione post rem ex alterutra parte secutam nudo pacto recedatur, quod iuris ciuilis regulæ non admittunt *d. l. iuris gentium §. adeò dict. l.* 2. & 1. *Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. prout* 80. *de solut. l. nihil tam naturale* 35. *de reg. iur.* Nihil ergo est quod tantopere exclamet Accursius *ad dict. l.* 2. esse mirabile vt hoc casu nulla ex huiusmodi pacto detur exceptio. Nam & idem euenit in alio quolibet pacto, quod contra iuris ciuilis regulas interpositum probetur. Puta si quid pupillus sine tutoris authoritate pactus sit. Nec enim etiamsi stipulanti promisisset, teneretur *l. contra* 28. *D. de pact.* Prius itaque est, vt pactum valeat quàm vt quæri possit, an ex eo dari debeat exceptio. Quæ vt in proposita specie dari nullodo possit, illud etiam impedit, quòd cùm solius æquitatis intuitu Prætor pacta tueatur dando ex iis exceptiones, in hoc tamen casu euidens iniquitas occurrit si pactum hoc tueri Prætor velit & exceptionem accommodare venditori ne cogatur rem tradere emptori à quo iam partis precij solutionem acceperit. Sic enim fieret vt & rem totam retineret quam vendidisset, & præterea partem illam precij quam ab emptore accepisset, quod omnino alienum esset à bona fide *l. ex empto* 11. *§. vlt. l. bona fides* 50. *D. de action. empt.* & consequenter ab æquitate naturali, cuius tamen solius vinculo pacta nuda sustineri necesse est vt iusta dici possint, & ad producendam naturalē obligationem idonea *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis D. de solut.* Qua igitur fronte ausit venditor exceptionem istam pacti

obiicere emptori vt rem venditam non cogatur tradere, cùm partē precij quam accepit, retineat? Sed etsi totum id quod solutum est precij nomine vellet restituere, non aliud tamen dicendum putarem, quia oblata precij restitutio tolleret quidem illam iniquitatem quam alioqui futuram diximus si venditor & rem, & precium retineret. At nō facit validum pactū quod ab initio fuit inutile, quódque non tantùm vt potestatem haberet resoluendæ venditionis, quod inter paciscentes agebatur, sed etiam vt valeret ad producendam exceptionem, nec cōtra iuris regulas interpositum videretur, debuerat cōcipi ad eum modum quē Aristo & Neratius præscripserūt *in l. ab emptione* 58. *D. de pact.* Vt scilicet retro-præstito per venditorem precio quod ab emptore acceperat, nihil ille emptori præstare cogeretur: Quo casu sicuti pactum valuisset tanquam iuri consentaneū ita eam vim habuisset quam paciscentes volebant, vt vēditio ipso iure resolueretur, nec proinde necessaria esset venditori exceptio pacti ad rem retinendam: quippe qui traditionem rei debere ipso iure desiisset, vt *in dict. l. ab emptione.* Omnis enim exceptio cùm ideò comparata sit vt actionem excludat, quemadmodum diximus ex *l. 2. D. de except.* necessariò præsupponit actionem, vt & actio quælibet personalis obligationem *l. licet* 43. *§. ea obligatio D. de procurat.* ac proinde sublata ipso iure per pacti potestatem omni obligatione venditi, nihil superest quod vel de actione ex empto, vel de exceptione pacti contra eam actionem accommodanda tractari possit. Quòd si pactum hoc sui natura tale est vt ne tùm quidem cùm valet producere exceptionem possit, quāuis eam potestatē habeat, vt resoluat ipso iure venditionem, quia scilicet in eam rem duntaxat interponitur, vt contractum resoluat non vt exceptionem pariat, Quantò minùs proderit ad exceptionem eo casu quo non valet, ac iam inde ab initio inutile est & contra leges? Proinde cùm nulla venditori possit exceptio competere aduersus emptorem agentem ex empto ad rem tradēdam, nulla quoque emptori aut necessaria aut vtilis potest esse replicatio doli. Vt verò hunc Accursij errorem magis demirer, illud facit quod eundem Accursium video *in dict. l. 2.* subinde quærere si parte precij per emptorem soluta & re per vēditorem tradita actum sit vt recedatur à contractu, numquid in eo quod solutum non est habeat emptor exceptionem. Et ait primùm, Videri dandam quia pactum nudum pariat exceptionem. Sed tamen concludit in contrarium, Non esse emptorem iuuandum exceptione, quia, inquit, iam haberet rem sibi traditam & precium quod esset iniquum. Et statim addit, *Vnde remanet mirabile vt nudum pactum non pariat exceptionem.* Sed ratio est, inquit quia non ad hoc interponitur, sed vt contractus rescindatur. Ego verò, Quid, inquam, est in hac specie quod non fit in priore? Nisi quòd in hac posteriore venditor in totum satisfecerat, emptor autem non nisi pro parte precij ante interpositum pactum de resoluenda venditione. In priore verò, emptor quidem similiter pro parte precij satisfecerat, Venditor autem nullomodo, quia rem venditam nondum tradiderat. An non verò perinde iniquum est pactum de resoluenda venditione interpositum, cùm venditor partē precij iam habens, retinet adhuc rem venditam, atque cùm emptor accepta re vendita, precij tamen partem vult adhuc retinere? Nónne vtroque casu ratio eadem est iniquitatis siue emptor siue venditor ille sit qui & rem & precium retineat *dict. l. ex empto* 11. *alias l. emptorem §. vltim. l. Iulianus* 13. *§. veniunt dict. l. bona fides* 50. *De action. empt. l. curabit* 5. *Cod. eod.* Cur ergo in superiore facti specie dat Accursius venditori exceptionem pacti, quam in posteriore denegat emptori? Aut cur non perinde facit necessariam venditori replicationem

tionem doli, atq; in priore specie voluerat esse illam necessariam emptori? Aut si ratio illa bona est propter quam in posteriore non debeat nasci exceptio ex pacto, quod non in id fuerat interpositum vt pareret exceptionem, sed tantùm vt rescinderet venditionem quomodo ipse loquitur. Quidni ergo idem admittit in priore specie ab Imperatoribus tractata, vt exceptio nulla ex pacto nasci possit cùm eâdem mente resoluendę venditionis pactum vtrobique adhibitum proponatur, & iisdem verbis conceptum? Bene igitur Accursius hoc tantùm quod deneg it emptori exceptionem ex huiusmodi pacto. Item quod iniquum esse ait vt emptor habeat & rem sibi traditam & partem precij, quod nondum soluerit. Sed nuda tamen ratio huius iuris illa est quam ipse adfert, cur ex hoc pacto nulla nascatur exceptio. Debuerat enim ille eam potiùs adferre, quã ad prioris speciei quæstionem accommodauimus, quod pactum hoc vtroque casu sit contra leges, & consequenter ex eorum numero quæ Prætor edicto suo excepit cùm ea pacta seruaturum se pollicitus est quæ nec contra leges essent, nec contra senatusconsulta, nec aduersus bonos mores *d. l. 7. §. ait prætor de pact.* Ideò autem contra leges est quia est contra bonam fidem ad quam redigenda sunt ex legibus nostris ea omnia quę circa pactiones in bonę fidei contractu interpositas tractantur *d. l. ab emptione 58. eod.* Quid igitur est quod miremur nullam ex eo pacto exceptionem dari? Nec enim verum est quod generaliter pro vero supponit Accursius, Ex quolibet pacto nudo exceptionem dandam esse. Excipienda enim sunt pacta omnia quæ Prætor edicto suo excepit, & vt generalius dixerim ea omnia quæ aliquid habent admixtæ iniquitatis, Cùm ea sit assidua cura Prætoris cùm in cæteris omnibus edicti partibus, tùm maximè in Edicto De pactis vt æquitatem cuius ille perpetuus custos & arbiter est, tueatur. Et hæc ratio adeò vera & germana est vt etiamsi poneres inter paciscentes conuenisse disertis verbis in pacto ipso interponendo, vt ad producendam exceptionem interponeretur, quo casu cessaret euidenter ratio Accursij, non eò magis tamen dicendum esset exceptionem aliquam emptori acquisitum iri quia non pendet ea res ex mente ac voluntate paciscentium, sed ex iuris prætorij authoritate, Et quamuis sit in eorum arbitrio & potestate, vt pactum faciant vel æquum vel iniquum, efficere tamen non possunt vt ex pacto iniquo quod fecerint, aliqua exceptio competat. Quemadmodum de iudicibus ipsis Papinianus scribit *in l. ordine 15. D. ad municip.* facti quidem quæstionẽ in eorum potestate esse, iuris authoritatem non esse. Cur verò iniquum est pactum? Hoc enim Accursius nõ explicat, qui nec videt iniquum esse pactum, Iniquitatem nimirum totam constituit in emptore, qui & rem venditam & partem precij retinere velit, non in pacto, quæ tamen in pacto quoque est. Nam priùs etiam quàm emptor dixerit velle se & rem sibi traditam & precij partem nondum solutam retinere, pactum ex se ab initio iniquum est, ac proinde inefficax ad producendam exceptionem. Aliquando accidit, vt iniquitas superueniat, nec nisi ex postfacto emergat. Quod cùm euenit, etiam id quod ab initio fuit æquũ & vtile, statim atque fit iniquum, etiam fit inutile. Vt *in l. ex facto 43. versicul. etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis si adhuc id valere dicamus D. de vulg. & pupill. substit.* Aliquando autem ab initio ipso apparet iniquitas & quicquid eo modo iniquum est, ab initio quoque inutile ac nullius momenti est, vt in pacto illo euenit de quo tractamus. Cuius iniquitas tota sanè in eo est, quod cùm inter paciscentes id agitur vt à venditione recedatur, quæ non solùm iam perfecta sit mutuo consensu partium, sed etiam ex alterutra tantùm parte imple-

meium acceperit, fieri nequit vt non sit necesse aut emptorem aut venditorem & rem venditam & precium simul vel in totum, vel pro parte saltem retinere. Nec aliud impediendæ & ab initio corrigendæ huius iniquitatis remedium est, nisi quod ab Aristone iam olim adhibitum est in concipienda pacti formula *in dict. l. ab emptione*, vt in pacto adhibeantur verba illa *retropræstitis iis quæ iam præstita fuerunt*, per quæ appareat id actum esse vt non priùs venditio resolueretur, quàm essent omnia retroacta & in integrum restituta. Ita enim fit vt nullo casu possit alteruter contrahentium habere quicquam ab altero, sed vt omnia in eum statum reponãtur, in quo erant priusquàm res vlla secuta esset. Quare nec sequentia pacti sic concipienda sunt vt venditio tota resoluatur post retroacta iam cætera [esset enim id superuacuum, præposterum & ineptum] sed vt is qui nondum ex parte sua impleuerat, nihil eius venditionis nomine præstare teneatur, vt *in dict. l. ab emptione*. Tanta enim pacti huius ita concepti potestas est, vt qui in eum vsque diem obligatus fuerat ad rem tradendam vel ad dandum precium, ipso iure desinat debere ac liberatus inueniatur *dict. l. ab emptione*. Vt proinde post pactum ita interpositum neque actio vlla competat, neque exceptio necessaria sit. Quòd si pactum aliter sit conceptum, erit proculdubio statim & ab initio inutile & inefficax etiam ad producendam exceptionem; Nec fiet vtile tametsi emptor qui rem accepit à venditore nec nisi partem precij ei persoluit rei restitutionem offerat, vt se à precij vel totius vel reliqui præstatione liberet. Adeóque nec si venditor sit vicissim paratus reddere partem precij quam accepit, quoniam debet ea mutua restitutio fieri ex compacto non ex nuda siue alterutrius siue etiam vtriusque paciscentium voluntate, vt retrotraditio illa non sit nuda sed habilis ad dominium hinc inde transferendum, vt probauimus in præcedentibus, quoniam ea restitutio voluntaria iniquitatem pacti corrigere potest sed nouam formam pacto indere, ac validitatem ei addere nullomodo potest. In pactis enim perinde ac in cæteris locum habet iuris regula quæ non patitur id quod ab initio viciosum est, ex postfacto conualescere. Sed & in eo malè loquitur Accursius, quod ait pactum hoc fuisse interpositum non vt exceptionem pareret, sed vt venditionem rescinderet, Confundens ista Resolui & Rescindi venditionem: quæ tamen omnino diuersa sunt, vt ex iis intelligitur, quæ in sequẽtibus tractabimus De laudimiis debitis ex contractu qui posteà fuerit rescissus. Nam ex contractu rescisso semper debetur laudimium secuta traditione, sed vnicum duntaxat, Ex resoluto autem vel nullum penitus si resolutio facta sit rebus omnibus integris aut saltem ante secutam traditionem, Vel etiam duplex si fiat post traditionem quam retrotraditio subsecuta sit, vt *in dict. l. ab emptione*. Resolutio fit semper ipso iure, Rescissio numquam sed factum hominis semper requirit Iudicis nimirum, aut contrahentium.

ERROR DECIMVS.

De resoluenda venditione ex qua sit secuta traditio vel retrotraditio ficta per clausulam constituti.

PRÆDICTA vera, inquit Castrensis *ad l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disc.* si vera traditio interuenit. Sed quid si ficta interuenerit? Vt quia venditor sicuti moris est constituerit se rem vẽditam precario nomine emptoris possidere per quod constitutum transtulerit in emptorem dominium

minium & possessionem ciuilem & naturalem & apud ipsum remanserit detentatio vt *l. quod meo D. de acquir. poss.* Posteà conuenerunt vt venditio haberetur pro non facta. An ista conuentio operetur resolutionem contractus, vt si dominium in emptorem sit translatum cum possessione [sic enim legendum est apud Castrensem] reuertatur ad venditorem. Et videtur, inquit quòd sic, quia sicut per verba tâtùm fictione iuris fuerunt translata, dominium scilicet, ac possessio in emptorem, Ita è conuerso per sola verba videntur reuerti ad venditorem. Ex *reg. dict. l. 1. vers. etenim quod consensu C. quand. lic. ab empt. disced. l. prout* 80. *D. de solut. l. nihil tam naturale* 35. *De reg. iur.* Sed ait tamen finaliter tam glos. *in d. l. ab emptione* 58. *de pact.* vbi hanc quæstionem proponit & examinat subtiliter, quàm Doctores videri concludere quod neque dominium neque possessio reuertatur ad venditorem ex solo pacto resolutiuo, Nisi etiam vltra hoc fuerit actum expressè inter eos quòd res vendita debeat remanere penes venditorem eo modo quo priùs erat, & sic quod precarium vel constitutum resoluatur. Hactenus Castrens. *in d. l. 1.* Quæstio sanè subtilis est, ideóque subtiliter, ac subtiliùs quàm ab eo factum sit, examinanda. Illud primùm in confesso est tam ex iuris ratione quàm ex interpretum opinionibus, Ex ficta illa traditione quæ fit per clausulam constituti, transferri veram, realem, & naturalem possessionem, quia licet modus hic transferendæ possessionis sit fictitius, possessio tamen quæ transfertur est vera, vt Bart. disputat *ad dict. l. ab emptione in fin. & ad l. si is qui pro emptore D. de vsucap.* Et consequenter cum illa possessione transferri dominium in accipientem quotiescunque habilis titulus præcedit ad translationem dominij, Adeò vt in quæstione *l. quoties* 15. *Cod. de rei vindic.* id est cùm eadem res duobus separatim vendita vel donata est si quæratur vter in dominij causa præferri debeat, is præferendus sit cui priori res tradita est per clausulam constituti, quamuis alius prior possessionem corporalem acceperit, vt nos ad illius legis interpretationem adnotauimus ex receptissima interpretum omnium sententia, cui & nos adsentimur. Nam hac parte vt & in cæteris omnibus tantùm potest ficta traditio, quantùm vera. Ergo illud quoque pro constituto & vero habendum est quod ad propositam quæstionem attinet, Non minùs desinere rem esse integrâm, cùm post perfectam nudo consensu venditionem res vendita tradita est per solam clausulam constituti, quàm si vera traditio intercessisset, Ita vt nec exinde teneatur venditor ad rem tradendam, ad quod anteà ex empto actione tenebatur, Sed si corporalem & asininam detentationem, quam solam habet, recuset, liceat emptori eam rem vindicare quasi factam iam suam. Et similiter si conuentus emptor ad solutionem precij excipere vellet de re nondum tradita, & veluti pignoris loco precium retinere, vt *in l. Iulianus* 13. *§. offerri D. de action. empt.* statim condemnandus esset quasi iam impleta venditione ex parte venditoris. Hoc verò cùm ita sit, illud statim cõsequens fit ex iis quæ diximus in præcedentibus, vt venditio quæ non tantùm perfecta fuerit nudo consensu sed etiã impleta per eiusmodi fictam traditionem, resolui posteà non possit nuda contrahentium voluntate, *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. 2. & 3. D. de rescind. vendit.* nisi pacto resolutorio concepto ad eum modum, quem præscripsit Aristo, & post eum Neratius *in dict. l. ab emptione*, Vt scilicet retrotradita re venditori nihil emptor precij nomine præstare teneatur. Neque hoc magnam hucusque habet dubitationem. Sed tota in eo est quæstio, An cùm ficta tantùm traditio præcessit, & simpliciter conuenit vt emptio sit pro non facta, quemadmodum Castrensis loquitur, habenda sint hæc verba pro ficta retrotraditione

cuius potestate venditio iure ipso resoluta dici possit. Dubitandi autem causa ex eo nascitur quòd constat possessionem quamlibet siue per veram siue per fictam traditionem acquisita sit amitti statim atque possessor apud se constituit nolle amplius possidere *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acquir. poss.* An non autem satis constituit emptor nolle possidere cùm pacíscitur vt venditio sit pro non facta? Quemadmodum enim dici solet, & verum est, Videri quemlibet possidere ex titulo præcedente *l. quadam mulier 77. D. de rei vindic.* ita & qui ex titulo illo præcedente possessionem nactus est, non quidem corporalem, & asininam, vt loquuntur, sed veram tamen & realem tam naturalem, quàm ciuilem si consentiat vt titulus redeat ad non titulum, ea quoque omnia reiicere videtur, quæ illi titulo consequentia sunt, ac proinde etiam possessionem cuius amissio nullum corporis factum requirit, vt diximus, sed solam animi destinationem. Præsertim cùm illud quoque dici soleat, Ex actu etiam nullo declarari voluntatem *l. vltim. D. de reb. eor. qui sub tutel. sunt l. licèt transferam 21. D. de adim. legat.* Vt proinde frustra videatur quærere an pactum valeat, necne, Cùm etiamsi non valeret, perinde tamen possessionem ex eo amissam esse dicendum esset. At in contrarium illud valde vrget, quòd vt retroagantur omnia, quomodo retroagi necesse est ad resoluendam venditionem *dict. l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disc.* non tantùm possessionem quæ emptori quæsita fuerat, ab eo amitti necesse est, sed etiam venditori restitui, nec tantùm possessionem, sed etiam dominium. Quod tamen certum est non æquè ac possessionem solo animo amitti posse, quia non nisi certis & legitimis modis dominium sicut acquiritur, ita & amittitur, Inter quos non est nuda voluntas *dict. §. differentia*, vbi hæc inter dominium & possessionem differentia disertè constituitur. Sed neque possessio tametsi solo animo amittatur, similiter tamen solo animo restitui alteri potest. Habet enim etiam possessio modos suos, alios naturales, alios ciuiles, non per quos amittatur, quod nuda voluntate fieri posse diximus, sed per quos acquiratur. Naturaliter acquiritur maximè per naturalem & veram traditionem vnde & nomen accepit *l. 1. in princip. D. de acquir. poss.* nec tantùm tactu sed etiam oculis *dict. l. 1. §. si iusserim*, Ciuiliter verò, maximè per clausulas constituti & precarij. Vt autem possessio quæ per fictam illam traditionem à venditore translata fuerat in emptorem, redeat iterum ad venditorem necesse est vt non solùm amittat eam emptor, sed vt prætereà acquirat eam venditor, quod nemo dixerit fieri posse sola vel emptoris, vel etiam venditoris ipsius, aut vtriusque voluntate. Facto igitur aliquo est opus, id est vel vera vel saltem alia ficta traditione vt clausula constituti per contrarium constitutum tollatur, & emptor constituat se venditoris nomine possidere, quod venditor ipsius emptoris nomine possidere anteà voluerat & constituerat. Nam quod Castrensis requirit duntaxat vt emptor consentiat rem quæ adhuc corporaliter penes venditorem est, apud eum remanere eodem iure quo erat anteà, non potest sufficere, siquidem eiusmodi consensus neque naturalis, neque ciuilis modus est transferendæ possessionis, multò minùs transferendi dominij. Et tamen constat ex *dict. l. 1 Cod. quand. lic. ab empt. disced.* ad resoluendam venditionem quæ perfecta iam fuerit & impleta ex alterutra parte requiri actum similem priori saltem æquipollenter, vt Bartolus explicat *ad dict. l. ab emptione. num. penultim.* vt possit venditio retroagi & in eum statum reduci, in quo erat eo tempore quo resolui nudo consensu potuisset. Aut si cum Castrensi habeas nudum hunc consensum pro actu qui æquipollere possit traditioni fictæ quæ præcesserat, Planè

non

Digitized by Google

non video cur non æquè sufficere debeat quod contrahentes generaliter & simpliciter pacti sint de resoluenda venditione. An non enim voluntas euidens est ita paciscentium vt res vendita cuius corporalem possessionem venditor retinuit penes eum remaneat, eodem penitus iure quo erat ante factam, perfectámque venditionem? Proinde si nihil nisi nudam eorum voluntatem exigimus parum interest vtro modo pactum concipiatur, & quibus verbis, dummodò iis quæ apta sint ad voluntatem illam declarandam: Cùm sit verissimum quod supradicto loco Bartolus tractat, Nihil referre quid ex æquipollentibus fiat *Ex l. vltim. in fin. D. mandat. l. si mater, Cod. de instit. & subst. l. mulier 22. l. restituta 37. D. ad SC. Trebell.* Mihi videntur interpretes nostri omnes in eo errare, quod supponunt, Ad resoluendam nudo pacto venditionem etiam post rem secutam sufficere nudam voluntatem & quælibet verba pacti, dummodò contrarius actus aliquis interueniat traditionis vel veræ vel fictæ: Quod tamen non ita est. Requiritur enim vt ea retrotraditio fiat ex verbis pacti, & prætereà vt pacti verba sic concipiantur, vt retrotraditio illa siue vera siue ficta non in obligatione aliqua ponatur, quæ species esset nouæ obligationis, nouique contractus *dict. l. ab emptione in fin.* sed tantùm in præstatione per ablatiuos absolutos vt in eâdē lege, aut saltem per formulam æquipollentem quæ tamen nullā constituat obligationem. Itaque si sic pactum conciperetur simpliciter vt venditio resolueretur, aut etiam addito eo vt res vendita retrotraderetur venditori ab emptore, aut vt emptor constitueret se eam rem venditoris nomine possidere, aut denique vt remaneret et in posterum penes venditorem eodem iure dominij & possessionis quo erat anteà, non putarem valere pactum tanquam quod esset obligatorium, cùm tamen debeat esse duntaxat liberatorium, vt *in dict. l. ab emptione.* Quibus ergo verbis concipiendum erit, vt valeat, & venditionem resoluat? His nimirum vt arbitror, Vt emptore retroconstituente se rem venditam possidere nomine venditoris, emptor nihil ex causa precij præstare teneatur. Nam quin constituti potestas sufficere debeat non puto equidem dubitandum, nec solù n si traditio prior ficta tantùm fuerat, & per constitutum facta qui casus est quem nos tractamus, sed etiam si vera & realis traditio præcesserat. In eóque sententiam Bartoli ad *dict. l. ab emptione num. penultim.* libenter sequor, cùm ficta hæc traditio æquipolleat veræ quò.d ad veram quoque possessionem transferendam vt ille disputat. An ergo clausulā constituti hac parte necessariam esse arbitramur, nulla saltem interueniente vera traditione? Minimè verò. Æquè.n. dicam valere pactum si modò ita conceptū sit vt vēditore possessionē corporalem quam adhuc habeat, retinente, aut simpliciùs si males vt vendita re penes venditorē remanēhre [non additis verbis illis quæ Castrensis exigit *eodem iure quo erat antea*] emptor nihil precij nomine venditori præstare teneatur: vt differētia nō tā in verbis, quàm in verborū formula collocetur. Sic.n. cōceptis pacti verbis, licèt nihil de retrotraditione aut vera aut ficta dictū videri possit, dico tamē perinde resolui posse vēditionē nudo isto pacto, & quidē ipso iure [necesse siquidē vt pactū vel resoluat ipso iure venditionē, vel tanquā inualidum & inefficax nihil penitus operetur, id est ne quidem exceptionem] acsi de interponenda constituti clausula dictū aliquid fuisset, quamuis de nullo actu retrosimili verba pacti loquantur in quo vno dubitādi ratio tota cōsistit. Atq; huius meæ sententiæ rationē illam adfero, quod venditor qui corporalē tātùm possessionē & asininā, vt aiunt, detētationē penes se retinuit, ex quo instanti cœpit eam rem emptoris nomine possidere, nulla indigeat traditione, neque vera, neque ficta,

vt possessor iterum aut magis fiat, sed tantùm vt mutet sibi causam possessionis, hoc est, vt qui non possidet nisi secundum quid & nomine alieno, incipiat iam suo nomine ac simpliciter possidere. Atquin vt possit ille sibi mutare causam possessionis, pendet ex sola ipsius voluntate, cùm etiamsi causam nullam haberet nouam mutandæ possessionis, vtique mutare sibi eam posset, ac sibi aut alij incipere possidere interuertendo possessionem emptoris cuius nomine anteà constituisset se possidere. Id enim facere possunt omnes qui alieno tantùm nomine possident, si mala fide in ea possessione in qua sunt, versari velint *l. si quis rem 20. l. si colonus 31. & l. seq. §. 1. l. si de eo 40. §. 1. & pass. D. de acquir. poss.* Neq; est contrarium quod veteribus iam olim vulgo placuit, Neminem causam possessionis mutare sibi posse *l. 3. §. illud quoque l. qui bona fide 19. §. 1. eod. l. cùm nemo 5. C. eod. l. nō solùm 33. §. 1. D. de vsucap. l. 2. §. quod vulgo D. pro hered.* Id enim quamquam ita est accipiendum vt non solùm ciuilis sed etiam naturalis possessio intelligatur, De ea tamen possessione intelligi debet, ex qua velit quis vsucapere & alienam rem sine vllo iusto titulo sibi acquirere, quod certè fieri non potest vt benè Iulianus explicat *in d. §. quod vulgo.* & *in d. l. 33. §. 1. de vsucap.* vbi idem Iulianus ait, Toties hoc verum esse quoties quis sciret se bona fide non possidere, & lucri faciendi causa inciperet possidere. Quid enim est *lucri faciendi causa* nisi quod dicimus *Vsucapiendi gratia.* Vsucapio namq; lucrum est & adeptio dominij ex causa lucratiua, cùm huiusmodi adeptio & acquisitio fiat sola legis potestate. Cæterùm si quis alieno possidens nomine causam possessionis mutare sibi velit ob id duntaxat vt alienam possessionem interuertat, dubium non est quin ea mutatio hunc effectum habeat vt hic ex non possessore fiat possessor sed malæ fidei & eo possessionis genere quod ad vsucapionem prodesse numquam possit, Possessori autem suam auferat possessionem non quidem quamdiu ignorat, sed cùm reuersus aut repellitur aut suspicatur se posse repelli *l. si id quod 25. §. quod autem D. de acquir. poss. l. bonæ fidei 48. vers. in contrarium D. de acqu. rer. domin.* Cùm enim possessio sit facti perinde potest esse vera possessio cum mala fide & sine titulo atque cum bona fide & titulo iusto *l. 1. §. si vir vxori eod. tit.* Ideóque fuit necessaria Iustiniani constitutio *in l. vltim. Cod. de acquir. poss.* vt per eiusmodi interuersionem possessio non amitteretur, quæ olim amittebatur, aut vt amissa recuperaretur, siue cum pragmaticis nostris sentias esse illud remedium retinendæ possessionis, siue cum plerisque interpretibus quorum sententiam semper probauimus, recuperādæ. In proposito autem cùm venditor qui se constituerat emptoris nomine possidere mutet sibi causam possessionis post pactum ita interpositum vti diximus, & incipit suo nomine possidere, interuertit possessionem emptoris solo animo, sed bona fide, quoniam interuertit ex ipsius emptoris voluntate, adeóque ex noua causa, quæ licèt non sit titulus, quia pactum nudum quod non incōtinenti post emptionem perfectam interpositum est, sed re iam secuta, titulus dici non potest, habet tamen hac parte vim tituli propter adnexam potestatem contractus bonæ fidei, qui per eiusmodi pactum resoluitur: Ita vt retrotraditio quæ ex eius pacti causa fieret non posset dici nuda, tanquam quæ facta esset ex iusta causa, ideóque habilis esset ad reddendum venditori dominium, quod ab eo per primam traditionem abscesserat: quemadmodum disputauimus in præcedentibus. Quòd si in traditione siue vera, siue ficta id procedit, quidni hoc ipsum admittamus cùm retrotraditio nulla secuta est, sed nuda conuentio quæ potestatem fecerit venditori mutandi sibi causam possessionis. Hoc enim casu negat Iulianus supradictæ veterū

sent entiæ

sententiæ locū esse cùm superuenit noua eáq; iusta causa mutādæ possessionis *d. l. non solum 33. §. 1. De vsucap.* idq; pluribus exemplis confirmat tùm quoque cùm ea mutatio vergit in alterius etiam ignorantis vel inuiti dispendium. Quantò magis in proposita specie in qua emptori nulla sanè fit iniuria, cùm mutationi huic ipse consentiat? *vulg. l. in diem 9. §. 1. D. de aqua & aqua pluu. arcend.* At neque nouum est, vt possessio licèt sit facti acquiratur tamen breui manu & nuda possessoris voluntate, adeóque quod mirabilius est, volūtate illius qui possessor numquam fuerit, vt in specie *l. interdum 21. D. de acq. poss.* Sed & dominiū, quod regulariter non nisi per mediam possessionē acquiri solet, interdum nuda voluntate domini acquiritur, Veluti si rem quam tibi dominus cōmodauerat, aut locauerat, apud te deposuerat, posteà vel vendiderit tibi vel donauerit, vel doti dederit. Quamuis enim ex ea causa tibi rem illam non tradiderit, eo tamen ipso quo patitur tuam esse statim acquiritur tibi proprietas perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset, inquit Iustinianus *in §. interdū 44. Inst. de rer. diuis.* Qui textus pro sententiæ nostræ confirmatione omnium accommodatissimus est. Istis enim casibus omnino similis ille est, quem tractamus de re vendita, & fictè dūtaxat tradita rursum acquirenda venditori qui in corporali eius possessione remanserit. Non enim magis possidet commodatarius aut conductor, aut depositarius, quàm venditor qui se cōstituit emptoris nomine possidere, sed sunt hi omnes tantùm in possessione *l. si quis ante 10. D. de acq. poss. l. officium 9. D. de rei vindic. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar.* nec possessionem vllam habent neque viuo, neque mortuo domino, vt de colono ait Julianus *in dict. l. non solum 33. §. 1. De vsucap.* Sed sunt in corporali & asinina detentatione. Quæ res sufficit vt sola patientia domini qui alioquin rem tradere deberet ad transferendum dominium pro traditione habeatur, *d. §. interdum.* Quantò igitur magis si non de transferendo simpliciter dominio agatur, sed de reddēdo per emptorem eo quod iam fuerat venditoris? Est enim hoc semper facilius vt ad pristinum dominum res reuertatur, longéque fauorabilius *arg. l. si vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. D. de pact. l. filio 23. De liber. & posthum.* Sicut & circuitus quilibet, vt plurimùm est odiosus *vulg. l. dominus testamento 55. De condict. indeb.* Alioqui si vellet emptor per veram traditionem reddere venditori dominium, quod ab eo per clausulam constituti cum possessione accepisset, eum rei gerendæ ordinem iniri necesse esset, vt cogeretur venditor etiam post pactum de resoluenda venditione interpositum, possessionem illam corporalem quam solam retinuerat, tradere emptori, confestim eam postmodum ab emptore recepturus, vt *in d. §. interdum.* Quod esset perquàm ridiculum. Et quemadmodum aliis plerisq; casibus celeritate coniungendarum actionum vna occultatur, vt *in l. singularia 15. D. de reb. cred. l. 3. § sed si debitorem D. de donat. int. vir. & vxor.* Ita & in hac specie duplicem traditionem occultari nihil prohibet vt tantò citiùs satisfiat contrahentiū voluntati: quæ illa est vt dominium recta via & nuda vtriusque volūtate recurrat ad venditorem. Nam & idem euenit in specie *d. §. interdum*, vt duplex traditio occultetur. Prior illa quam à commodatario vel conductore, vel depositario fieri necesse esset domino, vt eandē rem posset dominus posteà tradere eiúsque dominium in eundem qui prior tradidisset, trāsferre. Altera quam à domino eodémque possessore fieri necesse esset, vt in eum qui anteà dominus non erat, dominium transferretur: Quid si addam, Emptorem qui non nisi per clausulam constituti possessor factus sit, non posse constituere se aut venditoris aut cuiusquam alterius nomine possidere? Nam in possessione oportet eum esse

Ddd

qui per clausulam constituti alium possessorem facere velit, vt nō obscurè probat *d.l. quod meo 18. De acquir. poss.* vbi quod dicitur *quod meo nomine possideo*, sic accipiendum est acsi scriptum esset, *Quod meo & corpore, & animo mihi possideo.* Sed erit hoc aliquando discutiendum exactiùs, fuitque iam à nobis alio loco tractatum. Nunc hoc ipsum hic indicasse, vel inculcasse sufficiat.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XCVII.

ERROR I.

De contractu renouato, & an ex eo laudimia debeantur.

DE cōtractu resoluto satis multa scripsimus tota Decade superiore. Iam dicendum aliquid est de contractu renouato, vt posteà tractemus de rescisso, Accommodatè ad institutam De laudimiis disputationem. Omnes enim hæ quæstiones licèt ad alia quoque sint vtiles, ad hoc tamen maximè sunt necessariæ, vt sciamus, An ex huiusmodi contractibus laudimium debeatur, & an duplex quasi ex duobus contractibus, an simplex, quasi ex vno, Et rursum si simplex, an quasi ex primo contractu, an quasi ex renouato. Sic enim nostri appellant secundum quem rectiùs & veriùs deberent dicere Renouantem. Primus siquidem ille est qui renouatur: secundus qui renouat. Est autem hæc quæstio agitata primùm ab Accursio *in l. iuris gentium 7. §. adeò D. de pact.* vbi quærit, An per pactum circa substantialia contractus appositum prior contractus renouatus videatur. Et distinguit an fiat pactum ex interuallo, an in continenti, vt si ex interuallo, dicendum sit videri renouatum, Secus si in continenti *arg. l. non ad ea 87. De condic. & demonstrat.* ex qua vulgò inferre nostri solent non esse quemquam præsumendum velle incontinenti se corrigere etiam in actibus inter viuos, vt ibidem Castrensis notat. Sed traditio hæc iam olim à Guilielmo de Cuneo reprobata est. Quasi distinctio *dict. l. non ad ea*, locum habeat

habeat in testatore tantùm, ex cuius solius voluntate pendet tota dispositio, Non etiam in contractibus, qui pendent ex consensu duorum. Bartolus Guilielmi sententiam magis probat, sed alia & meliore, vt videtur, ratione quòd super vna eâdémque re plures emptiones validæ concurrere non possint, sed si prior valida sit, posteriorem licet alterius speciei prorsus inualidam & inutilem esse necessarium est, puta si prior fuerit pura, & posterior condicionalis *l. si id quod 7. D. de rescind. vendit.* Aliter itaque Bartolus ipse distinguit & in hunc modum, Aut pactum, inquit, secundum apponitur cum vno ex pluribus siue venditoribus, siue emptoribus, aut cum eodem. Primo casu pro parte tantùm receditur à contractu, neque in totum contractus renouatur, *ex dict. §. adeò vers. sed cùm duo*, vbi ex Iuliano scribit Vlpianus, si cùm duo heredes emptori extiterunt, venditor cum altero eorum pactus sit vt ab emptione recedatur, valere pactionem & dissolui pro parte emptionem, quoniam & ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus acquirere sibi potuit exceptionem. Secundo casu, subiungit Bartolus, Aut verba non sunt apta ad renouationem contractus. Verbi gratia, inquit, Rem quam tibi vendidi pro viginti, volo quòd emptam habeas prima emptione, & remitto tibi decem, vel primæ emptioni addo decem, Et non videtur renouatus contractus: Aut verba sunt apta ad renouationem contractus vel sunt ambigua, quia possunt trahi ad vtrumque, & videtur contractus renouatus *dict. §. adeò & l. pacta conuenta 72. versic. Paulus notat D. de contr. empt. l. si vnus 27. §. pactus ne peteret, vers. quòd si non vt totum D. de pact.* Hancque Bartoli distinctionem à Doctoribus communiter probatam esse testatur Amed. à Pont. *quæst. laudim. 38.* post Castrensem *ad l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced. numer. 3.* vbi addit ex sententia & illatione quæ fuit primùm eiusdem Bartol. *ad dict. §. adeò.* Non deberi hoc casu duplicem gabellam, sed vnicam duntaxat, eámque ex contractu reformato & renouato, qui licet nouus, idem tamen sit cum primo. Quod autem de gabella ex omni contractu soluenda scripserunt Bartolus, Castrensis & alij, trahunt nostri post Amed. à Ponte ad laudimium vt perinde hoc casu non nisi vnicum laudimium debeatur: Quando, inquit, inter easdem partes fit renouatio, cùm sit quodammodo primus contractus in secundum translatus, secus si mutetur persona quamuis re integra, vt quia vendatur alteri de consensu primi. Ex Bald. *in l. cùm per eos Cod. si quis alter. vel sibi.* Et Bertach. *in tract. De gabell. part. 5. quæst. 5.* Ego totam quæstionem istam De contractu renouato quantùm ad laudimia pertinet, prorsus ociosam esse arbitror. Nam si verum est, quod nos in præcedentibus tam sæpe inculcauimus, laudimia non deberi ex contractu etiam qui sit habilis ad transferendum per mediam traditionem dominium, sed tantùm propter traditionem quæ ex eo contractu secuta sit, Quid stultius est, quàm quærere an vnicus contractus sit, an duplex, vt sciatur, an laudimium vnicum quoque, an duplex debeatur, & an ex primo an ex nouo, cùm ponamus vnicam duntaxat traditionem interuenisse, eámq; non ex primo contractu sed ex nouo. Nã si inter priorem contractum & posteriorem secuta esset traditio, atque ita res integra esse desiisset, nemo dubitaret, quin laudimium ex priore quoque contractu deberetur, Vt concludit Amed. à Pont. *d. quæst. 38.* vbi addit deberi duplex laudimium ex dissolutione contractus per viam pacti quando res nõ esset integra, puta inquit, quia iam ad traditionẽ processum esset. Propterea ꝙ eo casu magis fit multiplicatio contractus, quàm dissolutio. Ex Alber. *ad l. ab emptione col. pen. vers. item quæritur quid si,* Et Bald. *col. fin. vers. si verò ibid.* & Castr. *num. 3. & 10.*

Quæ ratio tamen licèt in ſe vera ſit, non eſt bona & ad propoſitum accommodata. Non enim ſola contractuum multiplicatio inducit multiplicationem laudimiorum ſed ſola multiplicatio traditionum, quemadmodum idem A Pōte notat *quæſt.43.ex l.quicunque Cod.de ſeru. fugit.* & Angel. *in dict. l.ab emptione.* Nec eſt, quod cum modernis quos idem Amed.à Ponte refert, exigas vt implementum contractus hinc inde ſecutum fuerit, quaſi non ſufficiat vt ab altera tantùm parte. Nam imò verò ſufficit vt ab vna parte tantùm ſit impletus contractus, dummodò ex parte venditoris qui rem tradere debet non etiam ſi ex parte emptoris, cuius eſt precium ſoluere. Nihil enim commune habet ſolutio precij cum obligatione laudimiorum, quæ non niſi per traditionem inducitur. In quo ipſo etiam errat Amed.non cùm ait poſt gloſſ. *in l.1.C.quand.lic.ab emp. diſced.* non eſſe rem integram poſt traditionem rei & precij, vel alterutrius tantùm [id enim veriſſimum eſt *l.2.C.eod.l.2. D.de reſcind.vend.*] Sed cùm ait quod quando contractus eſt executioni mandatus non ſolùm ab vtraq; parte, qui caſus nullā habet dubitationem ſed ex altera tantùm, id eſt vt præcedentia explicant ex parte ſolius emptoris, ſi recedatur à primo contractu & procedatur ad retrouenditionem, ex illa diſſolutione tanquam ex nouo contractu debet ſolui laudimium. Ex Angel. *in dict. l.1. Cod.quand.lic.ab empt.diſced.* Etſi enim nouus contractus eſt, falſum tamen eſt ex eo vllum deberi laudimium. Cùm huiuſmodi retrouenditionem quam nulla, vt ponimus præceſſit traditio, nec vlla quoq; retrotraditio ſubſequi poſſit, propter quā dici queat laudimia deberi. Sed perpetuus Amedei à Ponte & pragmaticorum noſtrorum error in eo eſt quod putant, Ex ſolo & ſimplici contractu dummodo qui ſit habilis ad transferendum dominium, etiam nulla traditione ſecuta laudimium deberi, quod falſiſſimum eſſe probauimus in ſuperioribus. Et nimis euidenter abutuntur iſti traditionibus Bartoli, Caſtrenſis & aliorum interpretum qui non de laudimio loquuntur ſed de gabella debita ex ſtatuto ita concepto, vt ex quolibet contractu ſoluenda ſit, quale eſt Bononienſe quod Caſtrenſis refert *in d.l.1. C.quand.lic.ab empt.diſced.* Tractemus tamen quia elegans & vtilis quæſtio eſt, etiam de contractu renouato, & Accurſij Bartoliq; diſtinctiones examinemus. Illud primùm ſupponendum eſt in quo interpretes omnes conſentiunt, De renouatione cōtractus tunc tantùm quæri poſſe cùm pactum interpoſitum eſt circa ſubſtantialia contractus, & rebus omnibus adhuc integris. Nam pacta quæ fiunt de accidentalib. contractus quæ Papinianus eleganter *adminicula* vocat *in l. pacta conuenta 72. D.de contr.empt.* cùm ad ſubſtantiam contractus minimè pertineant, eam vim habere non poſſunt vt contractum nouent aut renouent, ſed tantùm vt contractus præſtationes augeant ſi ſint adiicientia, vel minuant, ſi detrahētia. Rurſum ſecuto implemēto ſiue ex vtraq;, ſiue ex altera tātùm parte, fieri certè nequit, vt cōtractus renouetur, qui iam implementū acceperit, Et ſi quid ex eo contractu reformari cōtrahentes velint, aliū in eā rē cōtractū fieri neceſſe eſt. Porrò emptionis ſubſtātia ne de cæteris cōtractib. quicquā dicamus, cōſiſtit tota ex precio, vt idē Papinianus ibidē docet, Ideóque dicimus perfectā eſſe emptionem & venditionē, non cùm vnus ex contrahentibus dixit ſe vendere, alius ſe emere, ſed cùm in certa precij quantitate conſenſerunt *§.cùm autem Inſtitut.de empt.& vendit.* Igitur ea demùm pacta de ſubſtantialibus emptionis facta dici poſſunt quæ facta ſunt de precio, ſiue augendo, ſiue minuendo, puta, ſi conueniat vt res vendita decem aureis ſit vendita viginti aut contrà. Quæſtio igitur in eo eſt, An per huiuſmodi pactum prior contractus ſit renouatus, De quo nūquam quæritur

quæritur cùm pactum sit de adminiculis. Renouatio dicit & includit nouationem. Nouatio autem prioris obligationis peremptionem, eiúsque transfusionem in sequentem *l. 1. D. de nouat.* Proinde quæstionis effectus ille est, An duo sint contractus an vnicus, & an pactum faciat contractum, an quid potiùs adiectum contractui. Ob eam nimirum causam distinguebat Accursius an incontinenti appositum esset, an ex interuallo. Vt si ex interuallo appositum sit vnus tantùm contractus sit sed renouatus: Si autem incontinenti, duo sint contractus quòd non sit præsumendum voluisse contrahentes incontinenti se corrigere ex *dict. l. non ad ea.* Mihi distinctio non displicet, sed distinctionis applicatio non placet. Dicerem enim potiùs si pactum hoc incontinenti adhibitum sit, hoc est si postquàm inter ementem & vendentem consensum est in precio decem aureorum, conuenerit incontinenti de viginti, Vnicum duntaxat contractum interuenisse videri iam inde ab initio, & perinde esse acsi numquam de decem sed ab initio de viginti conuenisset. Hoc enim est quod dici solet & perpetuò verum est, ea quæ ex continenti fiunt inesse videri *dict. l. iuris gentium 7. §. quinimò D. de pact. l. lecta 40. D. de reb. credit.* Non quasi possint inesse viginti in decem, quomodo maiori summæ minor inesset *l. 1. §. si stipulanti D. de verbor. obligat.* Sed vt conuentio de viginti insit contractui in quo primùm conuenerat de decem, id est vt in illo ipso contractu non nisi de viginti conuenisse videatur. Nam cùm aliud sit dicere decem, aliud viginti, quoniam numeri omnes formam & determinationem suam formalem ab vltima vnitate accipiunt, vt aiunt Mathematici, non magis fieri potest vt vna eadémque emptio duplex precium habeat, quàm vt alia res quælibet duplicem substantiam, cùm substantia emptionis consistat ex precio *dict. l. pacta.* Si ergo pactum de viginti quando incontinenti appositum est inest contractui in quo de decem tantùm conuenerat, necesse est vt posterior numerus excludat omnino priorem, vt in contractu includi possit. Neque distinguo an posterior numerus maior sit priore, an minor. Vtroque siquidem casu verum est alium esse numerum, nec magis dici potest numerum decem esse numerum viginti, quamuis decem sint in viginti, quàm numerum viginti esse numerum decem, quod esset multò stultius, cùm viginti non possint esse in decem. Cui consequens est, vt secunda conuentio hæc nihil aliud sit, quàm correctio prioris: Quæ correctio etiam in vltimis voluntatibus neque noua, neque absurda est. Quid enim prohibet priorem scripturam posteriore corrigere, commutare, rescindere? *l. nihil prohibet 17. D. de adim. legat.* Nam si ita scriptum fuerit, *Titius imò Seius heres esto*, Africanus respondit Seium solum heredem fore, Idémque dicendum esse & si ita *Titius heres esto, Imò Seius heres esto l. si ita scriptum 47. D. de hered. instit.* Nec dissimiliter idem Africanus *in l. Stichus 21. D. de manum. testam.* cùm testator ita scripsisset, *Stichus imò Pamphilus liber esto.* solum Pamphilum liberum fore respondit. Quodammodo enim, inquit, errorem suum emendasse testatorem. Idémque iuris fore etiamsi ita scriptum fuerit *Stichus liber esto, Imò Pamphilus liber esto.*

ERROR SECVNDVS.

De sententia & ratione l. non ad ea 89. D. de condict. & demonstr.

CONTRARIVM non est quod *in l. non ad ea 89. De condict. & demonstrat.* scriptum legimus, si purè legatum heres ex continenti sub condicione damnatus aut rogatus est dare, non esse habendum legatum pro condicionali duntaxat, sed perinde esse ac si iuncta inferiore scriptura idem legatum esset vel vt præsens vindicari si hoc voluerit legatarius, vel cùm condicio extiterit ab herede peti possit. Habet enim ille casus specialem rationem, quia nihil vetat eandem rem & purè & sub condicione eidem legari purè per vindicationem & sub condicione per damnationem aut per fideicommissum vt electionem habeat legatarius vel vindicandi legati statim si velit, vel petendi eius impleta demùm cõdicione, an quia non ideò futurum sit vt superuacua fiat condicio, quæ hoc saltem efficiet vt si legatarius non declarata voluntate, & antè condicionem impletam licèt post diem puri legati cedentem decesserit, nihil transmittere debeat ad heredem, id est non magis ex legato puro, quàm ex condicionali, Non quasi purum factum sit condicionale, quod lex disertè negat nisi sub commemoratione prioris legati posterius scriptum fuerit, veluti *Stichum quem illi legaui heres meus si illud factum erit, ei dato*, sed quia suam voluntatem legatarius viuus non declarauerit, nec dixerit malle se Stichum ex legato puro consequi, quàm ex condicionali. Poterat enim quidem habere ex puro atque ita condicionale legatum inutile reddere si voluisset, sed hoc ipso quod nũquam petiit ex puro videtur maluisse quandoque posteà impleta condicione posset agnoscere ex condicionali, Quod non similiter dici posset si legatum condicionale nullum factum esset. Verùm neque cùm legatum condicionale factum est dici hoc potest: Sola enim expressa condicio impedit transmissionẽ legati, non ea quæ tacitè tantùm inest *l. si ita legatum 65. §. 1. De leg. 1.* Itaque legatum quod an viuo legatario præsens vindicari potuit, cur non ad heredem ipsius etiam transmittetur? An ergo dicẽdum erit cum interpretibus legati huius condicionalis vtilitatem in eo elucere quòd possint interdum iustæ causæ interuenire, propter quas non sit inutile aut superuacuum legatum condicionale post purum, Putà si ei legatum proponatur qui mortis tempore quo cedit dies legatorum purè relictorum, incapax reperiatur, deportationis fortasse aut aliam capitalem sententiam passus, Capax verò tempore condicionis existentis. Certum enim est in quolibet legati & fideicommissi genere si de ipsius viribus quæratur, non aliud tempus inspiciendum esse quàm quo dies cedit. Ergo tempus mortis in legatis puris, Tempus condicionis existentis in condicionalibus *l. intercidit 59. l. eum qui ita 104. De condic. & demonstr.* Sic ergò proderit legatum condicionale legatario, qui alioquin ex puro nihil consequeretur. Rursum finge iam ipso testamenti tempore incapacem fuisse legatarium, qui tamen tempore mortis capax inueniatur. Non poterit etiamsi maximè velit, purum legatum petere, tanquam quod inutile sit per regulam Catonianam, quæ nõ patitur inspici tempus mortis in legatis puris quæ non valuissent si testator ipso testamenti tempore decessisset: Peteret tamen si legatum esset condicionale, quoniam regula Catoniana ad legata condicionalia non pertinet *l. cætera 41. §. tractari De legat. 1.* vt neque ad ea legata quorum dies non cedit nisi ab adita hereditate *l. 3. D. de reg. Caton.* id est vsusfructus & libertatum *l. vnic. D. quand. dies vsusfr. leg. ced. l. 2. D. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.* Denique ne singula conquiramus, Pone legatum fuisse relictum filiofamilias qui mortis tempore adhuc in sacris & potestate patris constitutus inueniatur. Si legatũ sit purũ

acqui-

Digitized by Google

acquiretur patri, quia & ad heredē filij si sui iuris esset transmitteretur, At si esset condicionale non acquiretur si existente condicione filius sui iuris reperiretur, quia nec transmitti posset ad heredem, Ex *reg. l. quæ legata 18. de reg. iur.* Nisi poneres condicionem legati eam fuisse, si in patris potestate mansisset. Faceret namq; illa condicio, vt patri magis quàm filio legatum videretur, posséque pater legatum suo nomine petere *l. filiofamilias 42. De cond. & demonstr.* Nēpe quia non posset filius capax fieri legati sibi acquirendi non patri, quin de viui patris potestate exiret, neque rursus exire de viui patris potestate quin condicio hoc ipso deficeret, nec denique legati condicio deficere quin legatum ipsum corrueret. Sed neque probabile est Iureconsultum ob istas causas *in d. l. non ad ea*, scripsisse, valere legatū condicionale post purum. Sic enim lex habet, valere vtrumque, & in arbitrio esse legatarij an ex puro vindicare rem velit, an ex cōdicionali rem petere ab herede. Proinde supponit lex vtriusq; legati diem vtiliter cessisse, & ex vtroque legato agi posse. Illud sanè constat, Posse nō idem sed eiusdem rei legatū interdum non valere tanquam purum & valere tāquam condicionale quod aliter & alio tēpore cedat dies legati puri, aliter & alio tempore dies legati condicionalis. Verùm enimuerò cùm lex eum casum tractet, vt diximus, quo vtrumque legatum valeat, dicendum est potiùs, Iureconsultum ad id respicere quod tractat de duplici legato quod sit duplicis generis, id est quorum vnum sit per vindicationem alterum per damnationem, vt in sequentibus dicemus. Et consequenter nihil causæ est cur dicamus, Testatorem qui quod purè legauerat, statim & ex continenti legat sub condicione videri seipsum corrigere voluisse, cùm vtraque voluntas & vtraque scriptura effectum sortiri commodè possit, si nō semper [agnitio enim legati puri faceret sine dubio cōdicionale inutile, cùm id quod legatarij iam factum esset magis eius fieri nō posset. Vnde est quod dicimus, Non posse duas lucratiuas causas in eandem rem, eandémq; personam concurrere *l. omnes 17. l. ex promissione 19. D. de obli. & act. l. Mauius 66. §. duorū & §. eum qui De leg. 2.*] Saltē aliquo casu, quod sufficit vt ea volūtas vtilis dici possit, *l. Stichus 39. in fin. D. de manum. testam. l. heres à debitore 21. §. pen. D. de fideiuss.* Atqui, dicat aliquis, si quod priùs legatū fuit purè, legetur ex interuallo sub condicione, tollitur legatū purū, & remanet solum cōdicionale *d. l. non ad ea.* Cur ergo tam variè cùm legatū cōdicionale factū est ex interuallo, aut ex cōtinenti: Nisi quòd vno casu præsumitur testatorē corrigere seipsum voluisse, alio non itē. Et ita interpretes nostri passim ratiocinantur. Sed perperā sanè vt ego quidē existimo. Quod. n. tollitur legatū purū per cōdicionale factū ex interuallo, nō ex eo proficiscitur, quod per legatū posterius correctio quædā prioris inducatur, vt illi putant, sed potiùs quia in legatis nouissima scriptura spectāda sit *l. quod traditū est 87. eo. De cond. & demonstr.* tāquā quæ supremā & vltimā cōtineat volūtatē quæ sola semper spectāda est *l. 4. D. de adim. legat. l. cùm hic status 32. §. pœnitentiā D. de donat. int. vir. & vxor.* Est autē posterior volūtas illa quæ posteriore scriptura cōtinetur, Nisi cùm testator per priorē scripturā posteriori derogauit, vt *in l. si mihi & tibi 12. §. in legatis De legat. 1. l. si quis in principio 22. de leg. 3.* Itaq; si ponas posteriorē scripturā factam esse post obliuionem prioris, vt *in l. Seia 20. D. de instruct. & instrum. legat.* vt puta post decennium, ex cuius temporis lapsu præsumi solet obliuio *l. sancimus 27. C. de testam.* quo tamen casu nemo dixerit habuisse testatorem animum corrigēdæ voluntatis, cuius non meminerit, & de qua proinde non cogitauerit. Certū tamen est solam posteriorē attendi non tāquam correctoriam sed quasi nouissimam,

d.l.Seia in princip. Non potest autem non posse nouissima scriptura illa, quæ ex interuallo facta sit, quia eam demùm ex interuallo factam intelligere debemus, quæ alio tempore facta sit, & consequenter in alio actu vltimæ voluntatis siue eiusdem, siue diuersæ speciei, non eam quæ facta sit in posteriore ac remotiore parte eiusdem scripturæ vt sentire videtur interpretes. Interuallum namque dicitur temporis, non scripturæ, nec video qua ratione dici possit factum esse ex interuallo quod in eâdem scriptura factum sit. Maximè verò si de testamento tractemus, Cuius inter sollennitates præcipuas, vna illa est vt vnico contextu fieri debeat, *l.heredes palam 21.§.vltim. D. qui testam.facer. poss. l.cùm antiquitas 28. Cod. de testam.* Quid autem est quod tam incontinenti fieri possit quàm quod fit vno contextu, licet in alia clausula & separata? Id enim est vt videtur quod dici solet in coniunctionibus, id est in iis quæ coniunctim & vno contextu aut fiunt, aut scribuntur, nullum esse ordinem, nihil aut prius, aut posterius, nec interesse vtrum eorum primùm diceretur, aut scriberetur *l. quidam in testamento 14. D. de pecul.legat.* quia ordo scripturæ non possit mutare rationem iuris aut voluntatis *l.cùm pater 77.§.fidei tuæ de leg.2.* quamuis si de ordine adfectionis quæratur inter plures ad idem legatum vocatos, ille dilectior testatori fuisse credendus sit, qui prior nominatus fuit *l.quoties 34. in princip. D. de vsufr. l.generaliter 24.§.quid ergo 17. De fideicomm. libert.* Quid enim est quod meliùs dici possit in ea re quæ ad vnum duntaxat ex pluribus nominatis pertinere possit & debeat? Quod igitur scriptum est *in d.l.non ad ea*, de legato condicionali ex continenti facto eiusdem rei quæ fuerit legata purè, intelligendum necessariò est de legato quod condicionaliter factum sit non in eadem scriptura, sed in alia quæ tamen fiat incontinenti post priorem, & priusquàm testator ad alium actum diuerterit. Quo casu cùm vtrumque legatum & purum & condicionale non quidem in eadem scriptura relictum sit, sed in ea saltem, quæ pro vna eâdémque haberi debeat [nam & in scripturis vt in obligationibus verborum, videntur inesse ea quæ fiunt incontinenti, vt omnium optimè hic locus probat] fatendum est vtramque censeri debere nouissimam ac proinde vtramque valere, cùm vtraque effectum sortiri, vt diximus commodè possit. Illáque sola dubitatio superest, Cur non ergo idem lex admittat in casu contrario cùm præcessit legatum condicionale, & secutum est purum. Nec enim lex distinguit an purum postea datum sit ex interuallo, an ex continenti, sed omnimodo vult legatum præsens deberi quasi purè duntaxat datum. Verùm non ita intelligi lex debet, sed sic potiùs vt in hoc quoque casu eadem seruetur distinctio, & tùm demùm præsens omnimodo legatum debeatur, cùm ex interuallo datum fuit. Pendet enim id ex eo quod paullò priùs & immediatè dictum fuerat *posterius valet.* Ac quamuis *in versic. quòd si purè*, cùm de posteriore legato incontinenti facto agitur, solus ille casus exprimatur, quo rem purè legatam heres dare sub condicione iussus, aut rogatus sit, quæ tamen sequuntur *perinde est acsi iuncta subiecta scriptura idem legatum esset*, ostendunt satis nihil interesse vtrum prius factum sit, an purè an sub condicione legatum, sicuti nec quicquam interesset si subiecta scriptura priori iuncta esset: quoniam in coniunctis nullus ordo est, vt docuimus.

* * *

ERROR

ERROR TERTIVS.

De differentiis institutionis & legati in specie d.l.non ad ea, Et l.si te solum 27. D.de hered.instit.

ET in hoc diuersa ratio esse creditur institutionis & legatorũ. Nam si te heredem instituero purè ex toto asse, deinde eundem te sub condicione instituam, placet nihil valere sequentem institutionem quia satis plena prior fuisset, inquit Pomponius *in l.si te solum 27. D. de hered.instit.* Ita innuens ex pluribus institutionibus debere illam prævalere, quę sit plenior siue priore, siue posteriore loco scripta sit. An quia sint fauorabiliores institutiones, vt Castrensis putat? Minimè verò. Deberet namq; fauor earum efficere potiùs vt vtraque institutio defenderetur, vt esset in heredis potestate ex vtra mallet adire, si fortè tempore mortis testatoris reperiretur incapax acquirendi purè & statim hereditatem, cuius capax esse posset tẽpore cõdicionis existentis, quemadmodũ de legatis diximus: Nã & similiter dicimus si idem institutus & alij substitutus sit, posse illũ eligere an ex institutione heres esse malit an ex substitutione *l.si tu ex parte 76. D.de acq.her.* quamuis substitutio omnis condicionalis institutio sit, vt Accursius diffinit licèt minùs plenè *in d.l.1.D.de vulg.& pup.subst.* Dicendũ potiùs est rationẽ differentiæ ex eo petendam esse, quòd cùm institutiones iam inde ab eo tẽpore quo fiunt confirmari per legem debeant tanquã ex quibus pendent testamenta *l. quod per manus 10. D. de iur.codicill.* lex autẽ nihil vnquã faciat frustra, sicuti nec natura ipsa, quam lex in omnibus quantùm potest imitatur, fieri certè nequit, vt qui iam heres purè institutus est, eodẽ testamento scribatur heres sub condicione vtiliter, quoniã frustra lex confirmaret condicionalẽ institutionem post confirmatam puram quæ & plenior & certior est. Ideò.n.cõfirmatio ista fit tẽpore testamenti, vt alia sequi possit eo instanti quo testator morietur. Quo demùm tẽpore certũ esse incipiet, mutari testamentum amplius non posse. Ob eámq; causam primo instãti post mortẽ testatoris lex hereditatẽ in testamento purè delatam defert statim, quam ex prima testamenti confirmatione deferre nondũ potuerat, vbi verò detulit purè, An non frustra esset si eandẽ hereditatem eidẽ personæ deferret sub condicione? Ad quid enim prodesset illa delatio? An ad id fortasse vt qui non posset heres esse statim, esset heres condicione existente? Atquin id fieri nõ potest, cùm institutio condicionalis quæ testamenti tempore confirmari non potuit, nec existente quandoq; condicione possit confirmari: quia in condicionalibus institutionibus non minùs quàm in puris verum est capacitatem heredis requiri tempore testamenti vt constiterit institutio. Nam vt in tempus capacitatis possit differri institutio, contra iuris rationem est & ex mera beneuolentia *l.in tempus 62. D.de hered. instit.* id est ex Principis indulgentia quæ in hanc rem specialiter imploranda & impetranda est. Sic enim legem illam accipio ex *l.cùm heres 52. D de acq.her.* Nec alia inter huiusmodi institutiones puras & cõdicionales differentia est nisi quòd in puris spectamus prętereà tempus mortis, in condicionalibus verò tempus existentis condicionis. Nã in omnibus postremo loco spectatur tempus aditionis *l.si alienum 49. §. in extraneis D. de hered. instit.* Cùm ergo non possit lex confirmare institutionem condicionalem vbi confirmat puram, neq; ex condicionali deferre hereditatem quam detulerit ex pura, Consequens est vt neq; testatori licere debeat instituere sub condicione illum ipsum quẽ instituit purè. Nam neq; testatori permittẽdũ est vt quicquam

faciat frustra, cùm testando faciat legem, vt toties monuimus, ex *leg. verbis legis* 120. *De verb. signific.* proinde quamuis non tantùm in eodem testamento, sed etiam in eâdem testamenti parte, eâdémque clausula per coniunctam scripturam vtraque institutio contineatur, & pura & condicionalis sola pura valet, condicionalis autem pro non facta habetur, siue priore loco facta sit, siue posteriore. Sic enim accipio quod scriptum est in *dict. l. si te solum.* At in legatis aliud est. Licèt enim dentur in testamento, neque extra testamentum dari possint, præterquàm in codicillis testamento confirmatis *l. illud* 13. *§. tractari l. vlt. D. de iur. codicill.* non tamen faciunt testamentum, neque ad substantiam testamenti pertinent, *§. ante heredis Inst. de legat.* ideóque siue purè, siue sub condicione data sint, nihil causæ est cur ipso testamenti tempore confirmari iam debeant à lege, sed sufficit vt confirmari possint eo demùm tempore, quo dies eorum cedit, id est tempore mortis quod ad pura legata pertinet, & tempore condicionis existentis, quod ad condicionalia, dummodò testamentum ipsum ab initio constiterit, id est suis sollennitatibus constitutum & confirmatum fuerit. Alioqui sicut confirmari posteà per legem mortis tempore non posset, ita neque legatorum in eo relictorum dies vnquam vtiliter cedere. Inde nimirum factum est, vt necessaria fuerit regula Catoniana ad hoc vt inutilia fierent legata, quæ non valuissent si testator tempore testamenti decessisset, quamuis olim valerent si modò eorum dies vtiliter cessisset *l. 1. De reg. Caton.* Nempe quantum ad pura, quorum dies ex lege vetere duodecim tabularum cedebat à die mortis, Non etiam, vt iam diximus, quantùm ad condicionalia, quorum diem numquam cedere placuit nisi ex die condicionis existentis, nec quantùm ad ea quæ ab adita tantùm hereditate cedunt, siue ex iure vetere siue ex nouis legibus Iulia & Papia. *l. vltim. eod. tit. l. Iulianus* 86. *De condic. & demonstr.* Quòd non quemadmodum testator eo instanti decessisse videri potest, quo testamentum perfecit, ita & eodem instanti aditam eius hereditatem fingere possumus. Ita fit, vt si eadem res in diuersis speciebus vltimæ voluntatis puta in testamento, & in codicillis testamento confirmatis, aut in variis codicillis testamentariis eidem legata sit purè & sub condicione vtrumque legatum valeat, nec minùs condicionale quàm purum, dummodò condicionalis perinde atque puri legati dies vtiliter cedat, nec ob id quòd puri legati dies priùs vtiliter cesserit, prohiberi diem cedere legati etiam condicionalis, in alia siue priore siue posteriore scriptura relicti. Non enim prohibetur quis decedere cum pluribus speciebus vltimæ voluntatis siue eiusdem siue diuersæ speciei dummodo compatibilibus quales illæ sunt quas modò memorauimus: Nemo enim nescit testamentum non tolli per codicillos testamentarios, qui è contrario vim & robur ab eo accipiunt *dict. l. quod per manum*, neque vicissim codicillos testamentarios per testamentum, ex quo confirmantur. Multominùs codicillos testamentarios priores per posteriores dummodo inuicem non repugnent. Potest enim quis decedere cum pluribus codicillis testamentariis sicut & cum pluribus ab intestato factis, de quibus tamen ideò non loquimur quoniam ab intestato legari olim non poterat, sed tantùm fideicommitti *l. 3. & 4. Cod. de codicill.* At cum duobus testamentis decedere paganus non potest, solus miles potest *l. querebatur* 19. *D. de testam. milit.* Ergo neque cum duabus institutionibus, quarum vna sit pura, altera condicionalis si in diuersis scripturis factæ sint, quoniam vnaquæque

quæque scriptura quæ institutionem contineret etiam condicionalem, testamentum esset non minùs quàm ea quæ puram, *l. non codicillum* 14. *C. de testam.* iunct. *ut. De condic. instit.* & sic duo essent eiusdem hominis pagani testamenta, quod fieri nullomodo possit. Quid ergo si in eodem testamento aut in iisdem codicillis testamentariis eidem personæ legata sit eadem res prin ò purè, deinde sub condicione? Valebit quidem ab initio vtrumque legatum hactenus vt tam vnius quàm alterius dies vtiliter cedere suo tempore possit si aliud nihil impediat, In eóque alia ratio est institutionis, alia legati, propter eam differentiæ rationem quam suprà attulimus, sed non ita vt cùm puri legati dies vtiliter cesserit, possit etiam cedere dies legati condicionalis, Id est, non ita vt moriente testatore vtrumque legatum simul confirmari per legem possit, sed vel alterutrum, vel neutrum. Si enim tempore mortis testatoris reperiatur legatarius incapax, vt proinde puri legati dies vtiliter cedere non possit, cedet vtiliter dies legati condicionalis, si eo tempore capacitas superuenerit, Alioqui neutrum valebit. At vt confirmetur vtrumque per legem, id est vt possit vllo casu esse in potestate legatarij vt rem legatam vindicet vel ex puro legato, vel ex condicionali si malit, quomodo in specie *dict. l. non ad ea* fieri certè nequit, Quia eadem ratio locum haberet hoc casu in legato quam diximus habere in institutione, quòd confirmato legato puro cuius dies vtiliter cessisset, inutilis & superuacua esset confirmatio legati condicionalis, ex quo nihil amplius consequi legatarius posset, quàm ex puro. Lex autem, vt diximus, nihil vnquam facit frustrà. Neque ad hunc casum pertinere puto quod scriptum est *in dict. l. non ad ea.* Si rem purè legatam ex continenti heres sub condicione damnatus aut rogatus est dare, perinde esse acsi iuncta scriptura idem legatum esset, vt vel præsens vindicari si hoc voluerit legatarius, vel cùm condicio extiterit ab herede peti possit. Obseruandum enim est, quod nemo obseruat, non de ea re tractare Iureconsultum quæ eodem legati genere & purè legata sit, & sub condicione, quo casu inutilis proculdubio esset confirmatio legati condicionalis post purum confirmatum: Sed de re legata primùm purè per vindicationem, deinde relicta eidem legatario sub condicione, vel per legatum damnationis, vel per fideicommissum. Quibus casibus is relicti effectus est, non vt vindicari legatum possit, quod per vindicationem relictum non est, sed vt legatarius illud petere ab herede debeat si ex testamento aliquid consequi velit. Ex legato vindicationis nulla olim nascebatur actio personalis, sed tantùm in rem vt id quod legatum erat vindicare suo iure posset legatarius non expectato herede, vt Caius loquitur *in Instit. Tit. De legat.* id est, nullo ad transferendum dominium necessario facto heredis, dummodò esset adita hereditas. Quoniam legatum per vindicationem tam citò faciebat legatarij rem legatam quàm hereditas heredis res singulas *leg. legatum* 80. *de leg.* 2. Nec poterat competere legatario personalis actio contra heredem vt eam rem daret quæ iam esset legatarij, Cùm dare nihil aliud sit quàm dominium transferre, Id autem quod iam est legatarij non magis fieri eius possit quemadmodum ratiocinatur Iustinianus *in §. sic itaque Instit. de action.* At in contrarium ex legato damnationis nulla in rem actio nasci poterat ad rem vindicandam, sed tantùm in personam heredis, vt eam rem daret quam dare damnatus esset, Quemadmodum & ex fideicommisso, quod ad legatum damnationis proximè accedit. Nihil ergo vetat non tantùm in diuersis scriptu-

ris siue ex continenti, siue ex interuallo factis, sed etiam in eadem scriptura eadem rem eidem personę & legari purè scilicet per vindicationem, de quo legati genere semper Iureconsulti intelligunt, cùm de legato simpliciter loquūtur, & sub cōdicione relinqui per damnationem aut per fideicommissum, Cùm huiusmodi dispositionum & diuersæ formæ sint, & diuersi effectus. Nam nec quicquam prohiberet in eodem testamento eandem rem legari & per vindicationē & per damnationem, Non vt sæpius cōsequi legatum posset legatarius, id est ex vno legato rem ipsam, ex altero rei æstimationem, sed vt eligēdi facultatem haberet ex quo legati genere, & qua actione consequi legatum mallet *l. Manius 66. §. eum qui l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2.* Non igitur debuerunt interpretes in hac quæstione institutiones à legatis distinguere, sed institutiones in diuersis testamentis factas à legatis factis in pluribus testamentis, quòd singulæ institutiones siue puræ siue condicionales separatim, & in alia scriptura factæ, singula faciant testamenta quorum vnum impedit ne subsistere aliud possit, singula verò legata dummodò diuersis legati generibus relicta non se mutuò impediant. Item institutiones in eodem quoque testamento de eâdem persona factas vnam puram aliam condicionalem, à legatis siue in eodem testmento siue in alia scriptura eidem personæ factis, siue vtrumque purum sit, siue vnum purum, alterum condicionale, quia institutio condicionalis hoc casu non valet cùm pura plenior sit, Legatum autem condicionale valet, non tantùm eo casu quo legati puri dies inutiliter cesserit siue ex ratione iuris veteris, siue propter regulā Catonianam, Sed illo etiam casu quo cesserit vtiliter, dummodo diuersæ sint species legati, vt *in d. l. non ad ea.* Nam si eodem legati genere eadem res siue in eadem vltima voluntate siue in separatis eidem relicta sit, non potest valere legatum condicionale puro subsistente, nec differentia hac parte vlla est inter institutiones & legata, Nisi quòd non sunt diuersa genera institutionum, vt sunt legatorum. Esse enim puram institutionem, vel condicionalem qualitates sunt non genera institutionum. Cùm itaque legatorum omnium vna & eadem hodie sit natura ex Iustiniani constitutione *in l. 1. C. commun. de legat.* ita vt ex quolibet legati genere triplex actio competat, personalis, vindicatio & hypothecaria. Est omnino consequens superioribus, vt nec vllus hodie supersit locus distinctioni traditæ à Iureconsulto *in d. l. non ad ea*, Nec tantùm si duplex legatum sit, Vnum purum, alterum condicionale. Sed etiam si prior voluntas legatum purū contineat, posterior verò fideicommissum condicionale. Quandoquidem sicuti legata omnia inter se, ita & legatis fideicommissa exæquauit Iustinianus *in d. l. 1.* & ex his quoque non minùs vindicationem dominij & hypothecariā, quàm personalem actionem dedit. Ex his intelligimus malè Accursium, Bartolū, Castrensem & alios, cùm quærunt ad quid prosit electio legatario cui eadem res legata est purè per vindicationem, & sub condicione per damnationem, Respondere, Prodesse si vno tempore legatarius capax sit, alio non item. Nam cùm hoc casu non nisi alterutrum legatum valere possit, consequens est vt electionē non possit habere legatarius ex vtro agere malit. Electio siquidem supponeret vtrumque legatum valere, vt *in dict. l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2. leg. quod in herede 9. §. eligere D. de tribut. act.* Non potest autem valere legatum siue purum siue cōdicionale, cuius incapax est legatarius eo tempore quo legati dies cedit. Nec melius, cùm addūt alium casum si legatarij bona sint publicata quasi in publicationem bonorum omnium non veniant legata condicionalia, etiam quorum dies posteà vtiliter cesserit, & quę fuerint acceptata, vt Castrensis addit, sed

tantùm pura quorum dies iam cesserat, licet acceptata nondum essent si modò posteà acceptentur, quia acceptatio retrotrahatur sicut & repudiatio *ex l. legatarius* 38. *§.1. de legat.* 1. Quam enim posset legatarius electionem habere agendi ex legato puro, quod in publicationem venisset? Et quamuis condicionale non perinde in publicationem veniret, faceret tamen duntaxat ea res, vt prodesset ei quod non tantùm purè sed etiã sub condicione legatum ei fuisset, At non etiam vt ei prodesse posset electio quam nullam haberet. Fefellit interpretes omnes, quòd veterem illam legatorum per vindicationem & per damnationem, itémque fideicommissorum differentiam ignorarunt, quam nos docuimus, & quę in eo præcipuè elucebat quòd ex legato vindicationis vindicari tantùm res poterat non etiam ab herede peti, Ex legato autem damnationis vel ex fideicommisso peti tantùm ab herede non etiam vindicari. Sed & falsum est quod putant interpretes, Eo quoq; casu quo puri legati dies vtiliter cesserit, posse adhuc cedere diem legati condicionalis, eodem genere relicti, quod certè falsum est. Illud benè Bartolus, Multùm referre an res vni legata legetur alteri, an eidé, primùm purè deinde sub condicione, vt si res vni legata legetur alteri etiam sub commemoratione primi, concurrant in legato, & sit inter eos ius adcrescendi *ex l. Iulianus* 15. *D. de hered. instit. l. triplici* 142. *De verb. signific.* Si verò eidem & ex continenti videatur prius legatum transfusum in posterius. Quòd in eadem persona faciliùs præsumatur nouatio quàm in diuersis *ex l.1. §. vltim. D. de stipul. seruor.* Sed alius ille tractatus est De iure adcrescendi & de sententia *d. l. triplici*, neque huic nostro intexendus. Dicemus aliquid fortasse ad finem Chiliadis.

ERROR QVARTVS.

De Bartoli distinctione circa contractum renouatum Ad l. iuris gentium 7. §. adeò autem D. de pact.

ERRAVIT sanè Accursius circa quæstionem hanc De contractu renouato cùm scripsit distinguẽdum esse an pactum de substantialibus emptionis factum sit incontinenti post contractum emptionis an ex interuallo, Vt si incontinenti, nihil operetur quòd non minùs in contractibus quàm in vltimis voluntatibus nemo sit præsumendus velle se incontinẽti corrigere *ex l. non ad ea* 89. *De condic. & demonstr.* sin ex interuallo, renouata emptio videatur. Debuerat enim potiùs dicere, si in continenti pactum adhibitum sit, vnicum duntaxat videri contractum qui à posteriore conuentione formam suam acceperit, si autem ex interuallo tùm demùm duos quidem esse contractus pro temporum pluralitate, Sed priorem tamen per posteriorem renouari vt exinde prioris ratio haberi nulla possit, quemadmodum in primo huius Decadis capite probauimus. At errauit quoque Guillielm. de Cugneo, & eum secutus Bartolus reprehendens Accursium, Quasi supradicta distinctio in vltimis quidem voluntatibus vera sit, sed in contractibus falsa. Nam neque in vltimis voluntatibus vera est, nisi eo casu, quo posterior voluntas possit stare cum priore, vt in specie *dict. l. non ad ea*, id est cùm res alicui legata purè per vindicationem eidem legatur per damnationem aut per fideicommissum relinquitur, sub condicione, Quo casu potest vtrumque legatum subsistere ac suo tempore effectum suum habere, vt ex legato puro possit legatarius rem vindicare. Ex cõ-

Digitized by Google

dicionali autem postquàm cōdicio extiterit, eam petere ab herede si malit agere personali actione quàm vindicatione, vt *in l.cùm filius 76.§.varus de legat. 2.* Et cùm id accidit non minor ratio facit in cōtractibus vt idem in iis, quòd in vltimis voluntatibus admittere debeamus. Sed grauior eiusdē Bartoli error in eo est, quòd quasi aliam & meliorem rationem adferat, Ait nō posse duas emptiones validas de eàdem re concurrere *ex l.si id quod 7.in princ. D.de rescind. vendit.* Innuens non obscurè in eo differre emptionem à legato, quòd eiusdem rei plura esse possunt legata, eidē personæ facta, emptiones plures esse nō possunt, ne quidem pura vna, condicionalis altera, quoniam si pura præcesserit, cōdicionalis nullius sit momēti. Et tamē si vera sunt, vt sunt, quæ proximo capite disputauimus non magis fieri pōt vt vnius rei duo sint legata eiusdē generis & in eādem personā collata, quamuis vnum purū aliud condicionale, quàm vt duæ sint eiusdem rei emptiones ab eodem factæ, quarum vna pura sit altera condicionalis. Quemadmodum enim verum est duas eiusdem rei emptiones in eādē personam non posse concurrere vnam puram, alteram condicionalem quòd pura tanquam plenior absorbeat condicionalem. Ita & si eidem personæ eadem res legata sit purè per vindicationem, & sub condicione æquè per vindicationem, fatendum est nullius momenti esse legatum cōdicionale si modò puri dies vtiliter cesserit, tanquam quod absorbeatur per purum, Est.n.purum plenius. Et generale est vt plenior scriptura semper spectāda sit, *l.si te solum 27. D.de hered. instit.* quæ, ex licet de institutionibus tantū loquatur, tamen ad legata nō minùs pertinet, vlti nāsque omnes voluntates, quæ semper ita sunt interpretandæ, vt pleniorem, quoad eius fieri potest, effectum sortiantur *l.in testamentis 12.De regul.iur.* Quod non aliter fieri potest, quàm si ex variis duabus scripturis ea præualeat quæ plenior est, sicuti solemus dicere ex pluribus obligationibus eam, quæ minùs plena sit tolli per pleniorem *l.debitori 50.D.de fideiuss.l.si duo 93.l. Stichum 95.§.quod vulgo D.de solut.* Et sanè inutilis esset confirmatio legati condicionalis postquàm purum cuius dies vtiliter cessisset, iam confirmatum esset per legem. Nam dominium quod ex puro vindicationis legato confirmato iam esset acquisitum legatario, quomodo posset aut iterum aut magis acquiri ex cōdicionali? Imò si verum amamus longè potentior est causa legati puri quàm puræ venditionis: quoniam purum legatum si modò per vindicationem datum sit transfert dominium rei legatæ rectà via à testatore in legatarium *l. legatum 80. de leg.2.l.à Titio 64.in fin.D.de furt.* Emptio autem quantumuis pura numquam transfert dominium sed tantùm titulus quidam habilis est ad inducendam dominij translationem si traditio sequatur *l.traditionibus 20.C.de pact.l.quoties 15. Cod.de rei vindic.l.numquam nuda 31.D.de acquir.rer.domin.l.ex empto 11.§.1.l.si quis alienā 46.D.de act.empt.* Nec tamē minùs habilis est titulus emptionis cōdicionalis, cuius tandem condicio extiterit *l.3.l.hac venditio 7.& pass.D.de cōtr. empt.* Cur ergo valeret potiùs legatum condicionale per vindicationem datum eius rei quæ iam purè ac perinde per vindicationem legata esset, potiùs quàm condicionalis emptio rei iam purè venditæ? Ergo si quę inter emptionem & legatum hac parte differentia est, tota in eo est quod legatum condicionale post purum non aliter non valet, quàm si eodem legati genere vtrumque relictum sit, Vel si sub primi commemoratione factum sit, vt scriptum est *in d. l. non ad ea.* Emptionem verò condicionalem eius rei quæ iam fuerit purè vendita dicimus absolutè non valere, quia non sicuti legatorum ita emptionum diuersa sunt genera, vt neque institutionum, quemadmodum in præcedentibus docuimus,

Nec

Nec alterius generis est cōdicionalis emptio, alterius pura, quamuis sint diuersæ qualitatis. Planè si posterior venditio post puram sic facta sit, vt eadem res quam tibi purè vendideram precio decem aureorum vendita tibi sit sub condicione *si nauis ex Asia venerit*, vix est vt non in emptione quoque idipsum obtinere debeat, quod in legato, id est vt dici non debeat per posteriorem venditionem condicionalem recessum videri à pura, quasi renouato contractu & trāsfuso puro in condicionalem. Quemadmodum & condicio quæ initio contractus dicta fuit posteà per aliam pactionem immutari potest *l. sed Celsus 6. §. vlt. D. de contr. empt.* vbi ratio redditur, quòd abiri etiam à tota emptione potest, si nondū impleta sint quæ vtrimque præstari debuerant. Non enim difficilius est vt condicio vna mutetur in alteram, quàm vt condicio in totum tollatur, Neque rursus vt pura emptio conuertatur in cōdicionalem, quàm vt cōdicionalis in purā. Eáque notabilis certè limitatio est ad id quod Paulus scribit *in d. l. si id quod 7. in princ. D. de rescind. vendit.* Si id quod purè emi, rursum sub condicione emā nihil agi posteriore emptione. Id enim falsum est si posterior fiat sub commemoratione prioris. Exemplo eius quod scriptum est *in d. l. non ad ea.* Licèt Bartolus aliam in his omnibus constituere rationem videatur emptionis, aliā legati. Sed & notandum illud est, quod probauimus *ex d. l. sed Celsus §. vlt.* per mutationem condicionis nō minùs reformari & renouari contractum emptionis quàm per mutationem precij. An quòd substantia venditionis consistat ex condicione quemadmodum consistit ex precio *l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Minimè verò, quia sequeretur alioqui puram venditionem non esse venditionē, tāquam quæ condicionem nullam haberet, haud secus atque si facta esset sine precio, quod tamen ita esse nemo dixerit. Sunt enim puræ venditiones, absolutè ac simpliciter venditiones, Condicionales autem non nisi secundum quid, & cum illa adiectione. Sed tamen negari non potest quin substantia emptionis condicionalis quatenus condicionalis est, ex condicione pendeat. Et consequenter quin pactum factum circa emptionis condicionem siue ea penitus sublata sit siue in aliam condicionem commutata, dicendum sit factum circa substantialia contractus: Quod si ita est illud quoque consequens fit vt huiusmodi pactum quamuis non incontinenti sed ex interuallo adhibitum renouare contractum debeat, perinde acsi de precio vel augendo vel minuendo factum esset, Nec minùs si puræ emptioni cōdicio aliqua adiiciatur, quàm si emptionis ab initio cōdicionalis prima condicio immutetur. Etsi enim condicio, vt diximus, non pertinet ad substantiā emptionis puræ, ipsius tamen substantiam afficit cùm ex pura facit cōdicionalem, haud aliter quàm si quantitas precij immutaretur. Renouat igitur, & reformat contractum si modò rebus omnibus integris adhibeatur siue ex continenti, siue ex interuallo, dummodò sub commemoratione prioris venditionis posterior facta sit. Videamus iam de distinctione Bartoli post refutatam distinctionem Accursij. Distinguit ille an pactum circa substantialia contractus apponatur cum vno ex pluribus siue venditoribus siue emptoribus an cum eodem, Vt si cum vno ex pluribus pro parte tantùm recedatur à contractu neque in totum contractus renouetur *ex dict. l. iuris gentium §. adeò vers. sed cum duo D. de pact.* Secundo autem casu aliis subdistinctionibus opus sit de quibus posteà dicemus. Prima pars distinctionis neque vera est, neque probatur *ex dict. vers. sed cùm duo.* Vera non est, quia cùm plures sunt aut venditores, aut emptores qui vno eodémque precio aut vendiderint aut emerint alioqui non esset locus quæstioni sed tot essent venditiones quot personæ

& precia, quemadmodum dicere solemus cùm plures res diuersis preciis fuerũt venditæ *l. quod dicitur 72. D. de euict.*] si, quod plerumque accidit, facti sint correi emendi aut vẽdendi, vt *in l. eandẽ 9. D. de duob. reis.* nõ potest augeri vel minui precium per conuentionem cum vno ex eis factã, quin tota venditio perinde renouetur acsi cum vtroque facta conuentio esset, scilicet quod ad eum pertinet qui pactus est, quoniam vna tantùm venditio aut emptio est, vnáque obligatio quæ tota in singulorum persona cõsistit *l. 2. & 3. §. 1. eod. tit.* Et consequenter cùm vnius venditionis & emptionis vnum sit precium, ex quo tota emptionis substantia consistit, fieri certè nequit vt precium immutetur cum vno ex correis aut emendi, aut vendendi, quin alia & noua emptio sit, ita vt non ad aliud precium agi possit, quàm quod in posteriorem conuentionem deductum fuerit *d. l. pacta conuenta.* Sanè quod ad illum pertinet ex correis qui pactus non est, fateor non posse inuito vel inscio eo venditionem renouari, vt ex correi sui conuentione vel plus, vel minus debere incipiat, quia licèt dici soleat ex duobus correis eiusdem rei factum vnius alteri quoque nocere *d. l. 2. & l. 3. §. 1. l. pen. D. de duob. reis.* Id tamen non eò pertinet vt correorum obligatio quæ suum ab initio statum eúmque certum habuit facto alterius immutari possit *arg. l. vero procuratori 12. §. penult. D. de solut.* Hoc enim est quod Papinianus ait *in d. l. eandem §. 1.* posteriorem conuentionem quæ in alterius correorum persona intercessit, non posse mutare statum & naturam obligationis quæ duos reos ab initio fecit, Et *in §. vlt. eiusd. legis,* Tametsi maximè parem causam suscipiant correi debendi, nihilominùs in cuiusque persona propriam singulorũ obligationem consistere. Adeò vt nec mora vnius ex correis alteri noceat quòd ad vsuras *l. mora 32. §. penult. D. de vsur.* Tota igitur venditio per mutationem precij hoc casu renouatur, contra quàm Bartolus voluerit, sed non quod ad vtrumque venditorem aut emptorem at quantum ad eum duntaxat qui pactus fuit: Denique renouatur tota sed non totaliter. Et ideò liberabitur correus emendi, qui totum precium priore venditione conuentum soluerit, nec tantum liberabitur, sed etiam correum liberabit, at pro ea duntaxat quantitate precij non etiam pro ea quam maiorem alter ille correus posteriore conuentione promiserit. E contrario correus vendendi, qui semel tantùm de precio conuenit, non nisi quantitatem illam petere ab emptore poterit, quam si fuerit actione ex vendito cõsecutus, nihil amplius petere alius poterit, nisi quod amplius in posteriorẽ precij conuentionem deduxit. Cæterùm sicut falsa est supradicta Bartoli traditio, Ita neque probatur ex *d. §. adeò autem vers. sed si duo.* quia Vlpianus eo loco nõ de duobus venditoribus loquitur, sed de duobus heredibus eiusdem venditoris. Inter quos defuncti obligatio per legem duodecim tabularum ipso iure diuiditur *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* quod nõ ita est in duobus correis, nisi diuisio ab ipso creditore fiat per acceptam aut petitam solutionem partis, vt *in l. si creditores 18. C. de pact.* Planè si proponas plures venditores fuisse qui vno precio vendiderint aut plures emptores qui simul & vno precio emerint, sed ita tamen vt correi facti non sint. Erit quidem vna tantùm venditio & emptio, sed ex qua tamen singuli non nisi in viriles teneantur *l. reos 11. §. cùm tabulis D. de duob. reis.* Ac proinde si cum altero tantùm augeatur, vel minuatur precium emptionis, non nisi pro eius parte renouata intelligetur emptio, non etiam pro parte alterius qui pactus non fuerit. Et hoc tantùm casu Bartoli distinctio procedit. Pergit Bartolus in sua distinctione si vnus tantùm fuerit emptor, & vnus venditor, & ait *Aut verba non sunt apta ad renoua-*

Digitized by Google

renouationem contractus, Verbi gratia, Rem quam tibi vẽdidi pro viginti volo quod emptam habeas ex prima emptione & remitto tibi decem, Et non videtur renouatus contractus. Hæc quoque pars distinctionis aut falsa, aut ad propositam quæstionem De contractus renouatione impertinẽs, & inepta est. Aliud enim est mutari precium emptionis, quod nos negamus fieri vllo casu posse quin contractus renouetur: Aliud verò remitti partem precij. Quod aptius est ad inducendũ pactum de non petendo quàm ad renouãdum contractũ. Itaq; in hac specie quam ponit Bartolus, Non liberabitur emptor per huiusmodi pactũ etiam rebus omnibus integris adhibitum quominùs ipso iure debeat viginti quia contractus idem manet, sed tamen habebit exceptionem pacti de non petẽdo pro decem, si viginti petantur. Sed si poneres ita conceptam pactionem vt res vendita viginti esset vendita pro decem ex prima emptione, vt loquitur Bartolus, Esset pactum impossibile & consequenter improbatum [sunt enim ista in pacto synonima *l. non impossibile* 50. *D. de pact.*] propterea quòd diuersitas precij necessariò inducat diuersitatem emptionis, nec fieri queat vt ex prima emptione aliud precium debeatur quàm quod per eam conuentum fuit. Verum certè illud est quod addit Bartolus pro vltimo distinctionis suæ membro, Si verba sint apta ad renouationem contractus, dicendum esse factam renouationem, sed addere tamen debuit hoc ipsum ita esse si omnia sint habilia, id est si in eo statu sit negotium, vt adhuc renouari contractus possit. Quid enim si res non sit amplius integra, quia iam sit secutum implementum contractus vel ex vtraque parte, vel ex alterutra? Non potest contractus renouari *dict. §. adeò autem*, vbi requirit Vlpianus vt res non sit secuta. Implementum enim sicut impedit resolutionem contractus *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Ita & multò magis renouationem *dict. §. adeò autem.* Quid item si ab vna tantùm parte contrahentium renouetur contractus? Non valet renouatio, vt aduersus Aristonem disputat Pomponius *in l. 1. D. de rescind. vendit.* Sed quod subiungit Bartolus, Cùm verba sunt ambigua & possunt trahi ad vtrumque sensum, videri contractum renouatum, ego certè quale sit non intelligo. Nec enim fieri potest vt eadem verba vtrumq; sensum admittant renouationis & resolutionis contractus, & multò minùs renouationis, & noui contractus, quia renouatus contractus idem est non alius, vt & interpretes omnes fatentur, & ex iis quæ hucusque disputauimus, satis intelligitur. Sunt enim duæ quidem conuentiones, sed vnus tantùm contractus. Cætera quæ de renouatione contractus dici possunt fusè explicauimus in Rationalibus ad *d. §. adeò.*

ERROR QVINTVS.

De amico per emptorem electo, & an ex eiusmodi electione laudimium debeatur.

FREQVENTISSIMVS apud nos vsus est eius electionis quam facere emptores solent qui pro se vel pro amico eligendo emerunt. Ita enim plerique emunt, & emptiones eiusmodi, ac quæ inde sequuntur electiones apud nos valent. Ex consuetudine inueterata magis quàm ex iuris ratione: quæ proculdubio non patitur vt quisquam alij emat quàm sibi *leg. quæcumque* 11. *D. de*

oblig & action. Et risi sæpiùs cùm pragmaticos nonnullos audiui probare hanc consuetudinem ex *Tit. C. si quis alter. vel sibi.* quasi ex eo titulo probetur, quod verba præseferunt, Posse quem alteri emere non minùs quàm sibi, Cùm tamen nulla in eo titulo lex sit quæ non dicat, sibi quemlibet emere debere non alteri, & factam alteri emptionem non valere. Huiúsque iuris sicuti generale & commune est ita & generalis ratio illa certissima est, quòd obligationes omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri D. de verbor. obligat.* Vt autem alteri acquiratur aliquid siue ex emptione, siue ex qua alia causa nihil interest mea. Totum igitur hoc ius pendet ex consuetudine, sicut & quod in tota ferè Sabaudia nostra obtinet, vt electiones huiusmodi intra quadragesimum diem ab emptionis die numerandum fieri oporteat, Alioqui non valeant, sed nouæ emptionis titulus necessarius sit vt quod vni ex emptione quæsitum est, in alium transferatur. Dixi *in tota ferè Sabaudia,* quoniam apud Focignienses nostros alia consuetudo obtinet, vt intra annum & diem fieri electionem sufficiat, perindéque sit, acsi intra diem quadragesimum facta esset. Huic porrò consuetudini causam dedit haud dubiè ius laudimiorum præstandorum, Vt inuenta esset ratio per quam fieret ne tam facilè laudimia multiplicarentur, quamuis multiplicatis non modò contractibus, sed etiam traditionibus ipsis dominiíque translationibus, propter quas tamen deberi laudimia iam toties diximus, & verissimum est. Nec enim negari potest quin dominium rei venditæ transferatur à venditore in primum emptorem cùm persona quæ eligenda est incognita sit venditori qui non nisi cum primo emptore negotium gerit, eúmque solum sibi obligat ad conuenti precij solutionem: Cui consequens est vt eiusdem rei dominium per secutã posteà electionem necesse sit transire à primo emptore in eum qui postmodum vt amicus electus est, ac proinde quasi ex noua emptione adeóque ex noua traditione, quam vtique in persona electi necessariam esse nemo dubitat. Et tamen facit potestas cõsuetudinis, vt cùm ritè ac intra constitutũ tempus electio facta est, vnica tantùm emptio intercessisse videatur, ob idque non nisi vnicum laudimium peti possit. Verùm ne hoc prætextu, ac veluti commento facilè fraus fiat dominis directis, quorum sanè interesset tot habere laudimia quot essent alienationes, & quot personæ acquirentium, benè inductum & prospectum est eâdem consuetudine, vt electionem non tantùm intra diem quadragesimum fieri necesse sit, sed etiam eodem precio, ita vt nec plus, nec minùs emptori electus præstet quàm emptor venditori suo præstiterit, aut promiserit. Nec tantum idem precium electionis esse oportet, quod fuit emptionis, sed easdem quoque vtriusque contractus leges & condiciones, ne si qua in re vel melior, vel durior fiat condicio electi quàm emptoris, noua potiùs emptio contracta, quàm electio facta esse intelligatur, & consequenter nouum laudimium debeatur. Nec immeritò, cùm pacta quæ in emptionibus adhibentur partem quãdam precij constituant, nihilque intersit, an in precio aliqua diuersitas sit, an in iis pactionibus quæ precij vice esse possint, vt *in l. fundi partem 75. D. de contr. empt. l. si venditor 6. §. 1. D. de seru. exp. l. si sterilis 21. §. si sibi D. de act. empt.* Ergo quemadmodum diuersitas precij nouam planéque diuersam emptionem constituit, *d. l. pacta conuenta:* Sic & diuersitas huiusmodi pactionum sine quibus nõ fuerit quis ita contracturus, vt ait *l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* & consequenter perinde vtroque casu fatendum est duplex laudimium deberi, tanquam ex duplici venditione. Quia & duplicem traditionem hoc casu subsequi necesse est cùm

est cùm

est cùm traditio facta per venditorem in consequentiam venditionis factæ certo precio, non possit ei prodesse qui alio precio rem habere voluit. Quod non ita est cùm electio facta fuit eodem precio, iisdémque condicionibus quibus venditio, quia hoc casu sufficit vna traditio quæ per venditorem facta sit emptori, vt etiam electo prodesse possit: Ideóque nec mirum est non nisi vnicum laudimium deberi, cùm vnica tantùm traditio interueniat: Quamquam nec si traditio noua fieret ab emptore posset ea res multiplicare præstationem laudimiorum, siue quòd vna tantùm esset emptio, siue quòd superuacua esset posterior traditio, priore sufficiente, & vnico similiter domini directi consensu. Scilicet si posterior conuentio sonet in electionem simplicem, non in nouam venditionem. Alioqui non eo minùs laudimia plura domino directo deberentur, quòd prior emptor non tantùm pro se, sed etiam pro amico eligendo comparasset, tametsi intra diem quadragesimum posterior emptio facta proponeretur. Nec enim pactio illa per consuetudinem approbata, vt possit quis sibi & amico emere, impedit ne emptor possit alteri vendere, sed tantùm facit, vt citra nouam venditionem ius suum in alium transferre possit, neque vendere habeat necesse. Hoc autem ideò duntaxat vt quamuis duplex conuentio sit, vnicum tamen laudimium debeatur, haud secus acsi vna tantùm esset conuentio, quia nec nisi vna venditio est. Dixi duplicem esse conuentionem quia negari non potest, quin noua sit conuentio quæ fit interuentu nouæ personæ, venditori ipsi fortassis incognitæ, aut saltem de qua certè ille non cogitauit. In quo mira planè vis apparet huius pactionis, aut eius potiùs consuetudinis quæ pactionem hanc adprobauit. Quid enim à iuris ratione alienius, quàm vt pro emptore habeatur is qui de precio non conuênit, & qui vt sæpè accidit, vêditorem nec de facie nouit? Idémque vt per traditionem à venditore factam dominium transeat in eum qui nec emerit, nec possessionem ab ipso venditore sed ab emptore acceperit? Est enim hic casus ex eorum numero in quibus euenit, quod interdum euenire testatur Iustinianus *in §. hoc amplius Instit. de rer. diuis.* vt in personam incertam collata voluntas dominij transferat rei proprietatem. Vt contingit cùm Prætores & Consules iactant missilia in vulgus, ignorantes quis eorum quid sit excepturus, Aut cùm quis rem habet pro derelicto vt fieri possit primi occupantis *l. si id quod 5. §. 1. D. pro derelict. l. nec emptio 8. in fin. D. de contr. empt.* Nam & similiter cùm quis vendit Titio ementi pro se & pro amico eligendo, licèt nesciat quisnam ille sit qui eligetur, hanc tamen habet voluntatem vt quisquis ille futurus sit, dominus fiat non tam per electionem, quàm per traditionem ab ipso venditore factam Titio, Vt electio posteà secuta non tam modus sit & causa immediata transferendi in electũ dominij, quàm condicio sine qua in electũ alioqui non transferretur. Vnde est, quòd quamuis venditor nihil cũ electo contraxerit, perinde tamen agere cõtra eum potest actione ex vendito ad precium, acsi illi ipsi vendidisset: quia & emptoris loco is habetur, Et è contrario qui electus est, si nondum sit res tradita, perinde habet actionem ex empto ad rem tradendam, aut ad id quod interest ob rem non traditam acsi ille ipse emisset, Adeóque si secuta sit euictio eandem ex empto actionem habere debet de euictione, quæ non nisi emptoribus & eorum successoribus contra venditores aut eorum successores accommodatur. Neq; verò vlla in eam rem aut actionis cessione, aut hypotheca opus est, quæ in cæteris casibus esset necessaria, vt *in l. si res 59. D. de euict.* Nec eo minùs tamen remanet obligatus emptor etiam post factam electionem,

ad solutionem precij si eum potiùs quàm electum conuenire vẽditor velit, Ne alioqui sit in eius potestate alium eligendo qui fortasse minùs idoneus sit & nõ soluendo, seipsum liberare & obligationem quam emendo contraxit exuere? Quod certè iniquum esset, cùm nemo possit facto suo præterquàm solutione obligationem suam tollere *l.si seruum 91.§.nunc videamus D.de verb.oblig.* Nec quòd liceat emptori amicum eligere qui si non emptor saltem in emptoris locum substitutus dici possit, facere potest quominùs verum sit dicere venditorem solius emptoris cum quo contraxit personam & fidem secutum esse, non etiam eius qui posteà eligeretur, cuius neque persona certa est, neque proinde certæ & cognitæ facultates. Itaque emptor eligendo amicum adiicit venditori suo eidémq; creditori nouum debitorem, sed nõ ideò se liberat, quominùs maneat obligatus, acsi electio nulla secuta esset: quia per electionem potest emptor meliorem facere venditoris condicionem, sed deteriorem non potest, Et hæc sunt quæ de electione ista consuetudinaria & moribus nostris recepta dici possunt. Ex quibus apparet quàm diuersus hic casus sit ab eo quem tractant interpretes nostri cùm distinguunt an renouatio cõtractus fiat inter easdem personas vt eo casu procedant illa quæ in superioribus De contractu renouato disputauimus, An verò mutetur persona quamuis re integra, Putà, inquiunt, quia res vendatur alteri de consensu primi, Quo casu volunt duplex laudimium deberi. Sic enim Amedeus à Ponte *in quæst. laudim.* 38. ex Bertach. *in tract. De gabell.part.5.quæst.5.* argumento eorum quæ Baldus notat *in l.cùm per eos Cod. si quis alter.vel sibi.* Hoc enim posteriore casu duo sunt emptores, quorum posterior non tam in ius quàm in locum prioris subintrare intelligitur, nec tam ex alieno contractu, vt electus quàm ex suo proprio conuenitur. Sed tamen in hoc ipso errat Amedeus quòd vult hoc casu duplex deberi laudimium quemadmodum ex supradicta Bertachini sententia duplex gabella deberetur. Illa enim perpetua inter gabellam de qua tractant interpretes, & laudimium de quo disputamus differentia est, quòd gabella debetur ex quolibet contractu, sic ferentibus verbis statutorum quæ passim obtinent in Italia, quale est Bononiense illud de quo Paulus Castrens. *in l.1.Cod.quand.lic.ab empt.disced.* Verum autem est, cùm quis eam ipsam rem quam vendidit Titio posteà vendit Mæuio licèt rebus omnibus integris & eodem precio iisdémque condicionibus, duos esse contractus, quamuis vnus & idem sit venditor, cùm duo sint emptores. Et consequenter duplicem gabellam deberi necesse est, vt quot sunt contractus, tot sint gabellæ ex statuto debitæ. Laudimium verò non ex quolibet contractu deberi potest, nec si sit ille sui natura habilis ad transferendum dominium, sed ex eo tantùm ex quo translatum re vera fuerit dominium per subsecutam traditionem aut petitam saltem missionem in possessionem. Quorum nihil ponimus interuenisse, sed rebus omnibus integris vni venditam esse eam rem quæ iam alteri vendita fuerat: Quæ res facit vt proinde non nisi vnicum laudimium directo domino deberi possit, Nisi poneres statuto aliquo æquè cautum fuisse vt quot fuerent contractus tot ex iis laudimia deberentur. Quale tamen nullum aut in Italia, aut alibi vspiam est.

ERROR

ERROR SEXTVS.

Si alienatio facta sit durante conductione & petita inuestitura post tempus conductionis, cui laudimia debeantur.

EST hæc quæstio consequens præcedentibus, Eámque tractat Amedeus à Ponte *dict. quæst. laudim.* 38. Quidam, inquit, conduxerat emolumenta feudi per triennium, Vltimo anno fuerunt factæ alienationes per vasallos. Petita fuit inuestitura post tempus conductionis. Quæritur ad quem spectet laudimium, an ad dominum directum, an potiùs ad conductorem. Et respondet videri quidem dicendum quòd pertineant ad dominum potiùs quàm ad conductorem, *Ex notat.* per Guid. Pap. *quæst.* 535. vbi ait pœnam condemnationis ei ex conductoribus deberi qui eo condemnationis tempore in conductione reperitur, non illi qui conductor fuit tempore admissi delicti, Itémque ex *l. susceptores* 3. *C. de suscept. lib.* 10. *tit.* 70. vbi constitutum est vt susceptores noui non tantùm præsentis anni debita suscipiant, sed etiam species quas ex reliquis inferunt, quia nouæ sunt ac recentes suscipiant. Concludit tamen in cõtrarium pro conductore, Illa potissimùm ratione quòd statim post contractum incipiat laudimium deberi licèt peti non possit nisi præstito demùm consensu, Vt proinde laudimij dies cessisse iam anteà videatur, licèt nondum venisse quod longè diuersum est *l. cedere diem* 213. *De verbor. signific.* Addit quod vulgò iactari solet, in quolibet contractu initium esse attendendum *l. si id quod* 58. *§. si filiusfam. D. pro socio l. si procuratorem* 8. *in princip. D. mandat. l.* 1. *§. si seruus depofuit D. depos. l. si filiusfamilias* 78. *De verbor. obligat.* Itémque quod quando finis habet necessariam consequentiam à principio retrotrahi debet ad suum principium. Ex Socino *consf.* 70. *in fin. vol.* 4. Ad contrariam verò sententiam Guid. Pap. *dict. quæst.* 535. respondet, eam procedere in commissis ex maleficio quia ex delicto pendente processu ante sententiam non potest dici aliqua pœna debita, & consequenter, inquit, neque cessit, neque venit dies. Ex Bald. *in l. fin. num.* 6. *Cod. de fructib. & lit. expens.* Exemplo eius quod tractat Bartol. *ad l.* 2. *in* 1. *quæst. per illum textum Cod. de iur. emphyt.* & post eum Crauet. *cons.* 212. quòd commissio rei emphyteuticæ vel feudalis dependet à voluntate domini numquid velit esse commissum vel non, Nec antè dicitur commissum quàm dominus voluntatem suam declarauerit. Ideóque tempus declarationis non delicti attendendum esse concludit Craueta supradicto loco. Vbi tamen *num.* 8. distinguit casum caducitatis à casu commissi propter maleficium. Quasi in commisso propter maleficium maior sit ratio inspiciendi tempus declarationis. Et tamen subiungit Amedeus, In commissis ex maleficio stare contra Guidonem Papæ apertam decisionem Baldi *in fin. De iurisdict. omn. iudic.* vbi dicit quòd commissa tempore vltimæ diei qua finitur dacitum, sic enim loquitur, debentur primo daciario, licèt processus fiat tempore secundi, quia de tempore primi inchoata est obligatio. Quam sententiam communem esse testatur idem Amed. à Ponte post Alexand. *ad l. fructus* 7. *§. Papinianus* aliàs *l. diuortio D. solut. matrim. in §. si vir in fundo & cons.* 7. *vers. fit. quarto volum.* 3. Socin. *dict. cons.* 70. *volum.* 4. Boer. *decis.* 5. *num.* 20. Quamuis idem Amedeus subiiciat, Posse distingui an pœna committatur ipso iure, vt tunc tempus

declarationis & sententiæ retrotrahatur ad tempus commissi delicti, An verò non committatur ipso iure vt eo casu attendendum sit tempus sententiæ. Verùm in casu laudimij, inquit, diuersi sunt termini, propterea quòd ius acquisitum sit conductori ex alienatione tempore suo facta, Et subiungit posse hîc adaptari potiùs aliam distinctionem eiusdem Alex. *in dict. §. si vir in fundo*, & Aret. *in l. si quid possessor 31. §. 1. D. de heredit. petit.* An id quod petitur debitum sit propter laborem seu operam & diligentiam, vt ei debeatur qui illam præstiterit, An simpliciter, & per se, vt in delictis quia eo ipso quod delictum commissum est dicitur quasi debitum, vt tunc debeatur ei ad quem pertinebant cætera emolumenta de tempore commissi delicti. Atqui non est debitum, inquit, pro labore laudimium, sed pro consensu, statim atque per dominum vel conductorem non stetit, quin apponeretur. Itaque concludit pro conductore, cuius durante conductione venditio facta sit. Atque ita vir doctissimus ratiocinatur, vt facile sit intelligere in hac esse illum sententia, vt putet ex die contractæ venditionis laudimium deberi, licèt alio loco scribat *ex die alienationis* pro eodem accipiens contractum venditionis & alienationem. In quo tamen primùm fallitur. Aliud enim est alienationem dicere, aliud venditionem, Cùm alienatio sit actus omnis per quem transfertur dominium *l. 1. Cod. de fund. dotal. l. alienationis 28. De verbor. signific.* venditio autem non tam sit modus transferendi dominij, quàm titulus habilis quidem ad transferendum dominium, sed secuta demùm traditione vel vsucapione *vulg. l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. numquam nuda 31. De acquir. rer. domin.* Debuit ergo dicere, vt hinc exordiamur, Ex die alienationis in proposita facti specie laudimium deberi, Ex die contractæ venditionis non deberi. Sicque mihi omnino videtur. Distinguendum scilicet esse an pendente tempore conductionis translatum fuerit ex venditione dominium per traditionem factam emptori, an verò nuda tantùm, & simplex venditio facta sit, Vt priore casu laudimium debeatur conductori, licèt non sit petita inuestitura nisi post finitum tempus conductionis, Posteriore verò casu nõ debeatur. Est enim hoc cõsequens ei quod diximus in superioribus, Laudimium deberi propter adprehensionem aut saltem petitionem possessionis, ex titulo habili ad transferendum dominium, & ex quo facta sit ea translatio: Numquam autem ex titulo simplici quamuis per se habili ad dominij translationem inducendam. Proinde si quod plerumque hodie fit, contractus venditionis adnexam habeat clausulam constituti, aut retentionem vsusfructus aut quam aliam similem quæ apta sit ad transferendum dominium, nihil sanè causæ est, cur non dici debeat exinde laudimium deberi, quamuis non nisi post tempus finitæ conductionis petita sit inuestitura, quam nec petī necesse est vt laudimium debeatur, cùm sufficiat quod peti possit per emptorem, & petita denegari non possit à domino directo, quin amittat ille petendi laudimij facultatem, & persecutionem. Cæterùm si simplex venditio facta sit pendente conductione, traditio autem non nisi post finitam conductionem secuta fuerit, nulla ratio est vt laudimium conductori debeatur, à quo numquam emptor petiit inuestituram, neque petere potuit: Cuius scilicet petendæ neque necessitas, neque facultas vlla est ante acquisitionem dominij, quæ porrò ex contractu solo numquam sequitur, adeòque nec per vsucapionem nisi secuta demùm traditione. Alienatio igitur tunc facta dici debet, non cùm venditio, sed cùm dominij translatio facta est. Nec proinde inspiciendum magis est tempus inuestituræ petitæ, quàm contractæ venditionis, sed solius aliena-

alienationis, & translationis dominij à quo demùm tempore licèt petita non sit inuestitura, attamen, vt ita dixerim, petibilis est, & consequenter concessibilis, Quod satis est vt illi qui eo tempore conductor fuit laudimium debeatur. Verèque vsurpari hoc casu potest regula illa iuris quæ habet, Eum qui facere potest vt possit iam videri posse *l. qui potest* 174. *De regul. iur.* Quod non similiter benè quis dixerit ante translatum dominium in emptorem, In cuius scilicet potestate non est, vt fiat ea translatio si fortè procax & peruicax venditor malit præstare quanti emptoris interest, quàm rem tradere, vt disputauimus in superioribus *ex l. si traditio* 4. *Cod. de act. emption. l. contractus* 17. *Cod. de fid. instrum.* Nec ad rem pertinet quod Amedeus post alios interpretes obiicit, Vniuscuiusque contractus initium inspiciendum esse. Id enim hunc sensum habet, vt si de natura contractus quæratur, & quisnam ille sit, proptereà quòd negotium tale sit vt pluribus diuersi generis contractibus aptari possit initium debeat inspici, vt *in dict. l. si procuratorem* 8. *in princip. D. mandat.* & aliis suprà in hanc rem citatis. At cùm non de natura & qualitate contractus quæritur, sed tantùm de aliquo iure quod consequens sit contractui, & ex eo pendeat, non semper initium contractus inspiciendum est sed potiùs traditionis, Vt puta si quæratur de dominio siue per vsucapionem, siue citra vsucapionem acquirendo, quia traditio quæ ex venditione sequitur illa est, quæ dominium transfert non venditio *dict. l. traditionibus & dict. l. numquam nuda*, Item si disputetur vtro tempore bonam fidem habere debeat emptor rei alienæ ad vsucapiendum, an initio emptionis, an tempore traditionis. Initium enim hoc casu inspicimus, non emptionis sed traditionis *l. si aliena* 10. *in princip. D. de vsucap.* Itémque in quæstione *l. qui bona* 23. *§.1. D. de acquir. rer. domin.* & aliis perquàm multis. Quare nec illud aduersatur, quod iidem interpretes obiiciunt, Retrotrahi debere finem ad suum principium quoties habet necessariam ab eo dependentiam & consequentiam. In proposita enim quæstione neque acquisitio dominij, neque præstandi laudimij obligatio necessariam habet dependentiam & consequentiam à venditione, sed potiùs à traditione venditionem subsequente. Licèt venditionem aut quem alium contractum similem, id est per se habilem ad dominium transferendum præcedere necesse sit, vt & traditio subsequi, & laudimium deberi possit, Cùm non sit necessaria consecutio, vt quia venditio præcesserit, dominij translationem omnimodo sequi oporteat, quæ non potest sequi nisi ex interueniente traditione, quàm porrò vt faciat venditor si malit condemnari ad id quod emptoris intererit, cogi præcisè vt diximus non potest. Ergo si contractus talis sit, non solùm qui sui natura sit habilis ad transferendum dominium, sed quem prætereà necesse sit incipere à traditione, adeóque à translatione dominij, quales sunt contractus permutationis, donationis, Do vt des, Do vt facias [nam ex his omnibus contractuum generibus laudimia deberi posteà ostendemus] aliud dicendum erit, vt ex ipso contractus die laudimium debeatur, ac proinde illi qui eo tēpore ius habuerit percipiendorum laudimiorū siue cōductor is sit, siue alius. Nēpe quòd in hoc contractuū genere idem sit tempus & initi contractus, & trāslati dominij. Permutatio enim ex re tradita initiū obligationi præbet, nec priùs inchoata nedū perfecta dici potest quàm vnus ex permutantibus rē tradiderit, quam nec sufficit traditā esse si non per eam traditionē dominiū quoq; translatū sit. Ideóq; bene Pedius dicebat, alienā rem dantē nullam contrahere permutationē *l. 1. D. de rer. permu.* At in eo rursum Amedeus noster fallitur, quod putat

cedere diem laudimij, hoc est incipere laudimium deberi ex die venditionis, licèt fateatur non nisi præstito demùm consensu venisse. Vtrumque enim falsum est, Et cessisse diem ex die venditionis, Et non venisse nisi ex die consensus præstiti. Nempe quia sicuti non cedit ante traditionem factam siue verè, siue fictè, vt probauimus, Ita ex die traditionis & cessit & venit, etiamsi consensus neque præstitus, neque adhuc petitus sit cùm ex eo tempore & peti potuerit, & concedi à domino etiam inuito debuerit: quod postremum sufficit vt inuitus quoque emptor ad laudimij solutionem vrgeri possit, quamuis inuestituram petere adhuc nolit. Diuersum esset si hodie vteremur iure vetere, quo erat in potestate domini directi vt non laudaret venditionem si fortè inscio & irrequisito eo facta fuisset: Quo casu res emphyteutica committebatur si id malebat dominus, quàm laudimium petere *dict. l. vlt. in fin. Cod. de iur. emphyt.* Nec enim posset videri cessisse dies laudimij eo tempore quo incertum adhuc erat, an laudimium aliquod deberetur: At cùm iam eo iure vtamur vt ad rerum emphyteuticarum non minùs quàm allodialium venditionem non requisito domini cōsensu procedi possit, laudimium exinde domino deberi certum est, ex quo in emptorem dominium per traditionem translatum fuit, quandoquidem nec in domini, nec in emptoris potestate est vt vllo casu non translatum videri possit dominium quod iam translatum est in emptorem. Quamquam potest ea res aliquam apud nos hodie habere dubitationem, Posteaquàm Serenissimi Ducis nostri Edicto cautum est, vt liceat dominis directis pro eo precio quod alius emptor obtulerit sibi retinere dummodo intra tres menses à die notitiæ voluntatem suam declaret. Videtur enim factum hoc edicto, vt non priùs possit videri acquisita res emptori in eúmque translatum rei dominium, quàm directus dominus voluntatem suam declarauerit, an rem venditam sibi retinere velit necne, Vt proinde nec laudimium vllum antè deberi videatur. Ne si dicamus interim dominium acquiri emptori, noua traditio necessaria sit quæ ab ipso emptore fiat domino directo eam rem sibi retinere volenti. Verius tamen est non eò minùs statim deberi laudimium ob translationem dominij factam in emptorem. Dum ne tamen dominus directus eam rem posteà retinere velit. Secuta enim eiusmodi declaratione quòd retinere illam nolit, aut præterito tempore intra quod fieri debuit, remanet dominium emptori acquisitum irreuocabiliter, sed acquisitum per traditionem non per declarationem illam voluntatis, nec per lapsum temporis. Irreuocabiliter verò propter declarationem aut lapsum temporis non propter traditionem solam: Laudimium verò deberi constat propter acquisitionem dominij quamlibet etiam quæ sit reuocabilis, Non ob ipsam vt ita dixerim acquisitionis irreuocabilitatem: Alioqui nec ex venditione facta sub pacto de retrouendendo deberetur, cùm sit illa reuocabilis. Nec enim ideò minùs quid nostrum verè est, quod eius dominium à nobis abscedere aliquo casu possit, vt sæpius inculcauimus ex *l. non ideò 61. De rei vindic.* Neque rursus verendum est vt noua sit opus traditione facienda directo domino, si retinere rem malit: cùm satis ei sit quod iam penes se habeat dominium directum vt nulla dominij vtilis acquisitione indigeat, quod neque simul cum directo posset in vna eadémque persona consistere. Planè quamuis verum sit quod dicimus, Etiam priùs quàm dominus directus voluntatem suam declarauerit dominium in emptorem per traditionem ei factam translatum intelligi, & ex qualibet dominij acquisitione etiam quæ sit reuocabilis laudimium deberi, Facere non potest vt domino directo rem

retinen-

retinēte aliquod laudimium debeatur, Cùm hoc casu per dominum ipsum stei ne suum effectum plenissimum vēditio sortiatur, quam ad consequendum laudimium ratam habere potiùs deberet. Totus ergo hic tractatus eò pertinet, vt si eo tempore quo facta venditio & traditio est laudimiorum conductor fuerit Titius, Eo autem tempore quo voluntatem suam declarat dominus directus quòd rem sibi retinere nolit, aut declarare posse desierit, vel alius laudimiorum conductor sit vel nullus, laudimia priori conductori Titio, non posteriori aut domino directo debeantur. Licèt inuestitura non nisi post prioris conductionis tempus emensum petita & præstita sit.

ERROR SEPTIMVS.

De pœna irrogata ex delicto cui ex diuersorum temporum conductoribus aut dominis debeatur. An ei qui tempore delicti fuerit, an qui tempore condemnationis.

COGIT nos huc diuertere quod proximo capite disputauimus De laudimiis inter eos controuersis quorum vnus conductor laudimiorum fuerit tempore factæ alienationis, Alius verò tēpore inuestituræ petitæ. Nam qui contra nos defendunt pro primo conductore, non alterius temporis rationem habendam esse quàm quo facta & perfecta venditio sit, licèt necdum traditio secuta fuerit, eo potissimùm argumento vtuntur, quòd cùm quis ex delicto suo ad certam pœnam mulctámve condemnatus est, non ad eum pœna pertinet qui condemnationis tempore fiscalium pœnarum conductor fuit, sed ad illum potiùs qui tempore admissi delicti, quod condemnationi causam dedit, & à quo negari non potest quin originem & causam suam trahat condemnatio. Sic enim Amedeus noster à Ponte *dict. quæst. laud.* 38. Asserens esse hanc communiorem nostrorum interpretum sententiam, ex Boer. *quæst.* 5. *num.* 20. & aliis quos in hanc rem superiore capite citauimus. Reluctante licet Guid. Pap. qui contrà scripsit *quæst.* 535. Sententiæ scilicet ac condemnationis tempus spectari semper oportere. Etsi verò Senatus noster hanc Guidonis Papij sententiam probauit sæpius, quæ & mihi verior semper visa est, digna tamen quæstio videtur, quam hîc tractemus paullò diffusiùs quòd sicuti grauissimorum virorum authoritates pugnantes habet, ita & multa quæ in vtramque partem agitari probabiliter posse videantur. Pro priore sentent. a quam communiorem esse adfirmat Boerius illud maximè facit, quòd quandocumque secuta ex delicto condemnatio non aliam causam habeat quàm ipsius delicti, quòd si nullum admissum esset vtique nec vlla sequi condemnatio, at nec de pœna tractari quicquam posset: Ab eo igitur tempore commissi delicti ius aliquod videtur quæsitum fisco, & consequenter ei qui fisci loco est vt ex eo delicto agere pœnámque competentem persequi possit. Non quasi ex delicto solo vlla nascatur hypotheca in bonis delinquentis ante sententiam, at neque ante capta pignora in executione iudicati [quod certè nemo vnquam dixit, nec probabiliter posthac quisquam dixerit.] Sed quia delictum illud est quod condemnationi quandocumque posteà secutæ causam præbet. Ex quo inferunt referri-

ergo debere condemnationem ad tempus delicti tanquam ad causam suam & originem, ac proinde condemnationis commodum & emolumentum non ad alium pertinere posse quàm ad eum ad quem pertinuisset si eo ipso die quo delictum admissum est secuta condemnatio fuisset. Videtúrque pro hac sententia vrgere maximè quod scriptum est *in l. post contractum* 15. *D. de donat.* siue Florentinam siue vulgatam lectionem sequamur. Nam siue scripserit Iureconsultus, Post contractum capitale crimen donationes factas valere nisi condemnatio secuta sit, vel quod effectu idem esse videtur, non valere si condemnatio sit secuta, Apparet Marcianum aut potiùs Imperatorem Antoninum cuius constitutionem eo loco Marcianus refert, maiorem delicti quàm condemnationis rationem habuisse. Alioqui eas demum donationes nō valere constituisset Antoninus non quæ post contractum capitale crimen factæ fuissent, sed quæ post secutam ex causa contracti capitalis criminis condemnationem. Addi etiam pro hac sententia potest quod Amedeus noster post alios disputat, Cuiúsq; rei causam & originem spectandam esse non finem *leg. 3. §. scio D. de minor. 25. annis l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. D. depos.* quoniam vt vulgari nostrorum iactatur brocardico, Semper à primordio tituli posterior formatur euentus *l. 1. Cod. de impon. lucrat. descript. leg. quadam mulier 77. D. de rei vindicat.* Vt tamen contrariam sententiam veriorem esse putem illud maximè facit, quòd quamuis delictum aliquod admissum esse dicatur, Attamen perinde ferè incertum est an ex eo secutura sit vlla condemnatio, atque si admissum non fuisset. Quàm enim sæpe accidit vt delicti probationes deficiant quæ luce, vt aiunt, meridiana clariores esse debēt, quoties agitur criminaliter? *l. vltim. Cod. de probat.* Quod cùm euenit licèt ius non deficiat, quia in rerum natura verum est admissum delictum fuisse, sed tantùm probatio, vt *in l. duo sunt Titij 30. D. de testam. tute.* perinde tamen impunitum manere delictum necesse est, atque si admissum non esset. Id enim est quod nostri quoque iactitant, Non entium & non apparentium idem esse iudicium *§. si aduersus Inst. de nupt.* Quàm sæpè rursum habent delicta suas excusationes aut veras, aut fictas & commentitias, sed quæ tamen per falsos testes probentur, aut etiam, quod interdum fit, iustis præsumptionibus adiuuentur. Denique quàm sæpe iudices ob probationum aut inopiam aut perplexitatem in eas se coniectos vident angustias vt nocentem absoluere cogantur, ne innocentis condemnandi suspectum periculum incurrant? Quid rursum si per sordes aut gratiam aut imperitiam iudicis absoluatur reus de cuius tamen delicto constet, & qui omnimodo condemnari debuerit? Quid è contrario si quis tanquam delicti reus & vel per testes vel propria confessione quàm fortassis tormenta expresserint conuictus ad magnam pœnam pecuniariam condemnatus sit, quē tamen ex postfacto appareat fuisse innocentem? Quis dicat ei pœnam deberi qui vel dominus vel conductor fuerit non tempore sententiæ sed tempore delicti, quod nullum fuerit? Itaque licèt quisquis ex delicto condemnatur ideò condemnetur quia deliquerit, aut saltem quasi deliquerit, Numquam tamen ob id præcisè pœnam debet quòd deliquerit, sed quòd ad eam pœnam condemnatus sit, quoniam pœna ante condemnationem nulla debetur etiamsi delictum verè præcesserit. Secuta verò condemnatione debetur pœna ex sola condemnatione non ex delicto, quia fieri poterat vt vel nulla vel minoris pœnæ condemnatio sequeretur. *leg. si fundus 16. §. si pluris*, in illis verbis,

Semel

Semel enim causa transire videtur ad condemnationem & exinde pecunia deberi D. de pignor. Nam si in ea quoque condemnatione quæ ex contractu obligatorio nascitur condemnationi plus quàm contractui tribuimus, quia & contractus per litis cõtestationem quasi per nouum contractum & per delegationem nouatur *l. 3. §. idem scribit. D. de pecul. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat.* itémque ipsa litis contestatio & quæ post litem contestatam datur actio per condemnationem *l. vltim. Cod. de vsur. rei iudicat. & dict. §. si pluris.* Quantò magis idem admittendum est in obligationibus quæ ex delicto nascuntur, quæ sunt longè incertiores, quia non sicut de contractibus, vt plurimùm, ita etiam de criminibus & delictis fiunt instrumenta quæ tantæ fidei sint ad rei gestæ probationem. Proinde quemadmodum si fera bestia sic vulnerata sit vt capi possit, non ideò statim eius fit qui vulnerauit, tametsi eam persequi non desinat sed tunc demum cùm eam cœperit, propterea quòd multa possint accidere vt eam non capiat, sicut contra Trebatium ex aliorum prudentum sententia Caius disputat *in l. naturalem 7. §. 1. De acquir. rer. domin.* Ita & in proposita quæstione dicendum est, licèt quis sic deliquerit, vt ob delictum condemnari debeat, Non priùs tamen de pœna tractandum esse cuinam debeatur, quàm condemnatio secuta sit cùm fieri queat vt condemnatio nulla sequatur. Placuítque mihi semper quod Guido Papius eo textu & argumento ad huius sententiæ confirmationem vsus fuit. Est enim quæstio nostra illi simillima quæ olim ipsos etiam prudentes dissentientes habuit, & digna quæ ipsos interpretes multò magis habeat inuicem contendentes. Proinde non pugnat, quod contra nos obiicitur, Pœnam hanc ob delictum deberi. Non enim consequens est vt non ex condemnatione magis quàm ex delicto debeatur, Nec debiti causa & origo inspicienda est, nisi in iis quæ ab ea causa & origine consequentiam necessariam trahunt, in quo numero non est hoc de quo tractamus, cùm vt iam diximus, & possit nulla sequi condemnatio vbi delictum præcessit, & contrà nullo quoque præcedente delicto, sequi tamen ex falsa accusatione condemnatio quæ pœnam irroget. Secuta enim quandocunque & omni casu condemnatione non iam de delicto ampliùs quærendum est an admissum sit, sed tantùm de iudicato an iudicatum sit, quia res iudicata sola illa est quæ pro veritate habetur *l. ingenuum 25. D. de stat. homin. l. res iudicata 206. De regul. iur.* Neque rursum nobis aduersatur, quod diximus *ex l. post contractum 15. D. de donat.* quæ primùm non de omni crimine loquitur nec de condemnatione ex quocunque crimine irrogata, sed tantùm de capitali, Propterea quòd ex capitalibus ferè omnibus criminibus iam olim irrogabatur pœna publicationis bonorum aut totorum aut saltem pro parte, Vt proinde nõ nisi valde suspecta esse posset donatio post contractum capitale crimen quasi in fraudem fisci facta: quod non similiter dici potest de aliis criminibus, quæ non nisi certę quantitatis pœnam irrogant, ad quæ tamen etiam quæstio nostra pertinet. Deinde probat potiùs ea lex nostram sententiam, si vulgatam lectionem quæ certè emendatior est sequamur, & sic legamus *Post contractum capitale crimen donationes factæ valent ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini, Nisi condemnatio secuta sit.* Nam sicuti nulla opus erat constitutione Imperatorum vt non valerent donationes inter viuos quæ post contractum capitale crimen factæ essent tanquam non sine pœnæ suspicione factæ *legas si quis 7. D. de mort. caus. donat.* Ita nec alia ratio adferri potest propter quam Imperatores constituerint valere, Nisi condemnatio secuta sit, si

non illa est, quòd multa possint accidere propter quæ fiat vt condemnatio nulla sequatur. Quo tamen casu irritas fieri donationes ob solam pœnæ suspicionē nimis durum sanè, ac inhumanum videbatur. Nec tamen eò magis consequens est quod ad eam legem interpretes nostri vulgò notant, Secutam posteà quādocunque condemnationem retrotrahi ad tempus delicti. Non enim ratio illa fuit quæ irritas fecit huiusmodi donationes, Sed hæc potiùs quòd secuta quandocunque condemnatione tùm demùm appareat non sine suspicione pœnæ factam fuisse donationem: quod sufficit vt non valeat *dict. l. si quis mortis*. Nec illud præterea requiritur vt quasi à iam condemnato facta videatur, quod tamen dicēdum esset si condemnatio ad tempus delicti retrotraheretur. Sanè Florentina lectio quæ habet, Post contractum capitale crimen donationes factas non valere ex Diuorum Seueri, & Antonini constitutione nisi condemnatio secuta sit, defendi nullomodo potest vt in libris Coniecturarum pluribus à nobis demonstratum est. Condemnatio enim quandocunque secuta quominùs nō quò magis valere possit donatio facere debet, cùm & bonorùm ademptio quædam sit, vt de legati ademptione scriptum est *in l. legata inutiliter 14. De adim. legat.* & demonstret satis, Pœnæ suspicionem iam ipso donationis tempore præcessisse. Sed errori causam dedit, quòd omissa per errorem librarij repetitione vltimæ syllabæ dictionis *Antonini* scriptū esset *si* pro *nisi*. Cùm tamen non posset ea sententia defendi vt valerent donationes post contractum capitale crimen factæ si cōdēnatio secuta esset, Necesse visum fuit peritiori siue librario siue interpreti addere negationem in præcedentibus, & legere *non valerent* quæ tamen lectio post restitutam dictionem *nisi* æquè viciosa & falsi sensus plena fuit. Sūt qui pro Baldi opinione adducant præterea quod scriptum est *in l. is qui in puteum* 11. *§. si posteaquàm D. quod vi aut clam*, si posteaquàm aliquid vi aut clam factū est fundus venierit, nihilominùs venditorē hoc interdicto experiri posse nec finiri interdictum venditione, sed parum accommodatè. Id enim rationem illam habet quia venditori facta iniuria est non emptori, in quem nec translatum videri potest ius quod habuit venditor experiendi interdicto, cùm satis emptori esse debeat quod tantò minoris emerit, vt lex ait. In ea verò specie quam tractamus, nihil tale est, quia non de iure actionis, quærimus cui competat sed de commodo & emolumento condemnationis cui acquiratur, Nec ob id minoris locat prædium suum dominus, quod prioris conductionis tempore crimen aliquod admissum sit, Imò tantò pluris quod ex eo delicto sperare posterior conductor potest secuturam condemnationem quæ nōdum secuta fuerit. Tractamus enim de omnium generaliter & indistinctè condemnationum & pœnarum per eas irrogatarum conductore. Neque rursum quemadmodum ex eo quod vi aut clā factum est nascitur statim & ipso facto interdictum ei in cuius fundo vi aut clā factum fuit, Ita ex delicto nascitur statim pœnæ persecutio sed tantùm ius instituendæ accusationis, Qua non nisi peracta sequi potest condemnatio, nec rursus nasci pœnæ persecutio nisi ex condemnatione. Quæ porrò cùm fit tempore posterioris conductoris, non ideò tamen mutatur persona eius cui per delictum facta est iniuria, id est domini iurisdictionis, sed tantùm persona conductoris, Vt perinde non possit quæri, vt *in dict. §. si posteaquam*, Vtrum ad priorem dominum condemnatio pertinere debeat, an ad posteriorem. Idem. n. dominus est, cuius vicem & personam repræsentat conductor posterior, nō minùs quàm prior, Quod si ponas dominij quoque causam mutatam esse, priorémque dominum eam iurisdictionem omniáq; emolumenta inde dependētia alij vēdidisse

post

post admissum delictum, & ante secutam ex eo condemnationẽ, Perinde dicam nõ dubitari oportere quin posteriori domino cõdemnationis pœna debeatur, cùm sit hic fructus iurisdictionis venditæ, quem proinde necessum est dominij iure ad emptorem pertinere. Nec enim potest prior dominus dicere se tantò minoris vendidisse iurisdictionem, quàm imò verò pluris vendidit, ob id quòd in ea delictum antè admissum fuisset, nulladum ex eo secuta condemnatione, Vt solent auariores & auidiores domini iurisdictionum suam quisque iurisdictionem ob id meliorem existimare quòd pluribus abundet pessimis & sceleratis hominibus, vt ex delictorum frequentia & atrocitate tantò plures & grauiores condemnationes ferant, in quibus scilicet totum iurisdictionis criminalis fructum pecuniarium consistere arbitrantur. Quare nec ad rem pertinet quod similiter obiicitur *ex l. vlt. §. non solùm D. de his quæ in fraud. credit.* Venditis bonis venditos intelligi atque ita in restitutionem venire fructus qui terræ cohærent tempore alienationis, non etiam illos qui medio tempore, id est post alienationem & ante iudicium acceptum percepti sunt, quia in bonis non fuerunt alienantis. Nec enim sicut fructus qui terræ cohærent partem fundi efficiunt *l. fructus 45. De rei vindic.* Ita & condemnationes quę sequi possunt ex delicto iam admisso tempore alienationis possunt dici pars vlla iurisdictionis, aut fructus aliquis & emolumentum iurisdictionis antequàm reuera secuta sit, propterea quòd vt diximus multa possint incidere quæ faciant ne vnquam sequatur. Cohæret quidem iurisdictioni coercitio delictorum quocunque tempore admissorum, Ideóque nimirum dicimus vendita aut aliter alienata iurisdictione ius hoc coercitionis & irrogandæ condemnationis transire in emptorem in quem transit & iurisdictio, Sed condemnatio ipsa non cohæret quandiu secuta non est, tanquam res quę nondum in rerum natura est, & quæ potest nunquam esse. Expectandum igitur necessariò est vt sit priusquàm de illo quæratur, An sit in fructu, aut ad quem pertinere debeat tanquam fructus iurisdictionis.

ERROR OCTAVVS.

De illa distinctione interpretum An pœna irrogetur ex delicto ipso iure, An tantùm per sententiam, & de differentia multæ & pœnæ.
Ad l. aliud fraus est 131. & l. antep. De verb. signif.

POENÆ quæ ex delicto irrogantur & de quibus proximè disputauimus in duplici sunt differentia. Quædam enim sunt quæ ipso iure id est ex ipsis legibus siue publicorum siue priuatorum iudiciorũ certæ constituuntur, & irrogantur, Qualis est pœna dupli ex causa furti nec manifesti, Quadrupli ex causa furti manifesti, Tripli ex Edicto Vi bonorum raptorum, Dupli etiam ex variis causis edicti perpetui vt De seruo corrupto, De deposito tumultus vel incendij vel naufragij vel ruinæ causa facto & aliæ pleræque. Publicatio bonorum aut totorum aut pro parte certa, Relegatio, Pœna pecuniaria viginti aureorũ ex lege Iulia de annona *l. 2. in fi. De leg. Iul. de annon.* Et centum aureorum ex lege Iulia ambitus *l. vnic. in fin. D. ad leg. Iul. [illegible] bit.* & quæ olim erat ex lege Fabia de plagiariis, & quæ tamen hodie in vsu esse desiit *l. vltim. De leg. Fal. de plagiar.* & si quæ sunt similes. Et hæ sunt

pœnę in quibus obtinet quod Papinianus noster dicere solebat *in l.ordine 15. D. ad municip.* & *in l.1.§.3.vers.quorum alter vtrum D.ad SC.Turpill.* facti quidem quæstionem in arbitrio & religione esse iudicantis, Pœnæ verò persecutionem non eius voluntati mãdari, sed legis authoritati reseruari. Alię verò sunt pœnæ, quæ cùm legibus nullæ sint certæ constitutæ, ex arbitrio & religione iudicantis pendent, quas magis propriè ac specialiori nomine mulctas appellamus, vt Paulus noster disputat *in l. antepen. De verb. signific.* contra Labeonem qui scripserat, si qua pœna est eam mulctam esse, Et contrà si qua mulcta est eam pœnam esse. Vtrumque enim falsum est, inquit Paulus, & duplicem adfert dissimilitudinem, Primam illam quam modò diximus, quòd pœnæ certæ singulorum peccatorum sunt, Multæ contrà quia eius iudicis cui ius est multæ dicendæ potestas etiam est quantam dicat, Nec placet exceptio quæ ponitur in fine dictæ legis *nisi cùm lege constitutum est quã tam dicat*, de qua nec dubito quin sit Triboniani respicientis ad constitutionem Imperatorum Arcadij & Honorij quæ extat *in l.vltim.Cod.de mod.multar.* vbi certus multæ dicendæ modus ab Imperatoribus præstitutus est quem transilire & prætergredi iudices non possunt, sed ita tamen vt non tam constitutum sit ea lege quantam multam dicere Iudices debeant, quàm vti ne maiorem dicant ea quę permissa est. Itaque etiam hodie post illam legem perinde verum est quod Paulus dicebat in iudicis multam dicentis potestate esse quantam velit dicere, sed cum hac tamen restrictione, Dum ne præstitutum modum excedat, qui vel ob hoc ipsum præstituendus fuit, quod ea tam lata arbitrij potestate iudices vt plurimùm abuterentur. Alteram dissimilitudinem inter pœnam & multam adfert Paulus *in dict.l.antepen.* quòd de pœna, inquit, prouocatio non est. Simul atque enim victus quis est & conuictus eius maleficij cuius pœna statuta est, ea statim debetur. At multæ prouocatio est nec ea debetur antè quàm aut non sit prouocatum aut prouocator victus sit. Tertiam differentiam insinuat Paulus iis verbis *nec aliter quàm si is dixerit cui dicere licet.* Quam apertiùs explicat Vlpianus *in l.aliud fraus est 131.§.1 eod ti.* vbi ait, Mulctam dicere non posse eum cui iudicatio data est. Sic enim legendum arbitror addita negatione *dicere non potest*, cùm statim sequatur *Magistratus solos & Præsides prouinciarum posse multam dicere mandatis permissum est* ad differentiam scilicet eius cui iudicatio data est, id est iudicis pedanei & à magistratu dati, quippe qui iurisdictionem non habeat, sed tantùm iudicationem, & notionem *l. ait Prætor 5. D. de re iudic.* Nec causa vlla est cur pro *iudicatio* legamus cum Haloandro *adiudicatio.* Nam neq; possis cum eodem Haloandro eum cui adiudicatio data sit intelligere cui publicum iudicium est *ex l.2.in fin. D. de iudic.* Inauditum enim est vt *adiudicare* dicant Iureconsulti pro eo quod est *Publicum iudicium exercere.* Fit siquidem adiudicatio in tribus duntaxat illis iudiciis Familiæ erciscundę, Communi diuidundo & Finium regundorum *§.vltim. Inst.de offic. iudic.* éstque adiudicatio illa vnus ex modis sex acquirendi dominij iure Quiritium, de quibus idem Vlpian. tractat *in Fragment. Tit.19. De acquisit. rer.* Quare nec idem Vlp. *in dict.l.2.§.vltim. De iudic.* sic loquitur, vt dicat, Multę dicendæ ius his datum esse qui publicum iudicium exercent, aut vt Papinianus dicebat *in l.1. D.de offic. eius cui mandat. est iurisd.* qui publici iudicij exercitionem habent. Sed ait duntaxat, His dari mulctæ dicendæ ius quibus publicè iudicium est, id est vt ego interpretor qui publicè ius dicunt, & publica authoritate quales sunt magistratus, quos & maiores iudices appellamus *l. non distinguemus 32.§.de liberali D. de recept. Qui arbitr. receper.* In quo tamen numero

nemo

nemo dixerit esse iudices pedaneos, qui scilicet non nisi iudicationem habent eámque non publicam, id est à populo, [publicum enim dictum esse constat quasi populicum] quomodo habent magistratus, Sed à Prætore vel alio magistratu,qui eos dedit *l.2.Cod.de pedan.iudic.* Et de his solis iudicibus datis & pedaneis,accipiendus est totus ille *Tit. De iudic.* Non tamen quod sequitur apud Vlpianum *in dict.§. vltim. & non aliis.* Eo namque verbo alij omnes significantur etiam qui non habent iudicationem si modò neque publicè iudicium habeant,id est si non sint magistratus. In quo numero est etiam procurator Cæsaris *l.2.Cod.de mod.mult.* Nempe quia magistratus non est,nec Præses prouinciæ suámque potestatem habet non tam publicè quàm priuatim à Cæsare cuius procurator est *l.1.& tot. tit. De offic.procur. Cæsar.l.1.Cod.de iurisd.omn.iudic.* Ita vt ne quidem de causis Cæsaris posset ius dicere nisi vnà cum Præside prouinciæ vt scriptum est *in l.2. Cod.si aduers. fisc.* Item curator Reipublicæ multò minùs dicere multam potest *l.3.Cod.de mod.mult.* quia multò minùs potest ille dici magistratus,cùm nec habeat iudicationem,nec ei specialiter ius hoc multæ dicendæ datum sit. Nam & hi quoque excipiuntur *in dict l.2.§. vltim. De iudic.* Fortassis propter Iuridicum Alexādriæ cui alia pleraque singularia speciali iure cōcessa sunt *leg. 1. & 2. D. de offic. Iurid.* quamuis nec Magistratus ille esset, nec Præses prouinciæ, vt constat *ex l.vnic.C.eod.* Sed & Præsides ipsi prouinciarum ea exceptione continentur,quia videlicet non sunt Magistratus licèt habeant vtramque iurisdictionem Voluntariam & Contentiosam, cùm Magistratus non alij dicantur,quàm qui sunt Populi Romani. Vnde & à Magistratibus Præsides prouinciæ separātur *in d.l.aliud fraus est.* Illud igitur firmum maneat quod scriptum volumus ab Vlp.*in d.l.aliud.§.1.* Multam eum dicere nō posse cui iudicatio data est,sed Magistratus solos,& Præsides prouinciarum. Idque mādatis permissum eis esse,Sicut & Præfectis ipsis Prætorio,quorum prima post Principem potestas & authoritas erat *l.vnic.D.de offic.præf.præt.* permittendum fuit vt mulctam possent dicere ad quinquaginta vsque libras auri *l.Illustres 4.C.de mod.multar.* At pœnā vnusquisque irrogare potest cui criminis siue delicti executio cōpetit vt sequitur apud Vlpianū *in d.l. aliud in fin.* vbi eleganter ac partitè separat crimē à delicto. Crimina enim magis propriè ea intelligimus quæ publica sunt, Delicta verò quæ priuata *l.quid sit fugitiuus 17.§.noxas antepen.De ædilit.edict.& tot.tit. De priua. delict. & de extraord.criminib.* Adiicit idem Vlpianus alias quoque differentias inter mulctam & pœnam. Quarum vna illa est,quod pœna generale sit nomen Omniū delictorum coercitio. Multa verò specialis delicti cuius animaduersio *non nisi* pecuniaria est. Sic enim lego,non vt vulgò *cuius animaduersio hodie pecuniaria est*, Quasi verò aliquod tēpus vnquā fuerit quo mulcta potuerit esse capitis, aut existimationis, quod certè non nisi falsò & ridiculè dici potest. Pœna autem non tantùm pecuniaria verùm etiam capitis & existimationis irrogari solet: Sunt enim pœnarum veluti gradus quidam *l.capitalium 28.D.de pœn.* At multarum gradus nulli sunt,sed quidam tantùm modus hodie post *d.l.4.& vlt.C.de mod.multar.* olim nullus,cùm multa ex arbitrio eius veniret,qui multam diceret,vt subiungit Vlp. *in dict. l.aliud.* Pœna autem non irrogatur nisi quæ quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est. Quinimò,inquit, multa ibi dicitur vbi specialis pœna non est imposita. Nec enim multa potest vnquam cum pœna concurrere, sed velut in subsidium vbi pœna certa nulla est, infligitur. Ex quo tantò clariùs apparet quàm verum sit quod diximus Tribonianeā illam exceptionem positam *in fin.d.l.antepen.De*

verbor.signific.nisi cùm lege est constitutum quātum dicat, defendi nullomodo posse. Multa enim cuius certa quantitas lege constituta esset, pœna iam esset non multa: cùm sit de essentia multæ vt sit incerta, & ex multantis arbitrio solo pendeat. Nisi quòd hodie vt dixi certus modus multarum est vt vltra certam quantitatem multa dici non possit, Sed non ideò tamen certa quantitas multæ est, cùm intra præstitutam quātitatem etiam hodie in arbitrio maneat multam dicentis, vt vel maiorem, vel minorem dicat. Itaque debuerat Tribonianus scribere *nisi cùm lege est constitutum ad quam vsque quantitatem multā dicat*, si Pauli sententiam ad posteriorum Imperatorum constitutiones accommodare volebat, non quomodo scripsit *quantam dicat*. Paulus certè neutro modo scribere potuit. Hoc verò nec pragmaticis nostris incognitum est, Multas omnes etiam hodie esse arbitrarias. Sed pauci obseruant quod nos addimus, Pœnas pecuniarias hodie nullas esse, Cùm etiāsi vel lege, vel statuto, vel Edicto Principis, certa pœna pecuniaria irrogata sit, in arbitrio tamen magistratuum & iudicantium maneat, vt minorem si velint multam possint dicere, licèt maiorem vix vnquam possint. Nisi si quando remittendæ seuerioris pœnæ facultas edicto ipso, vt aliquando fit prohibita & interdicta sit. Alioqui comminationes pœnarum sunt potiùs quàm pœnæ, ideóque vim legis aut pœnæ legalis non habent *ex tit.Cod. comminat.epist.programm.vim rei iudic.non haber*. Et consequenter mulctæ non pœnæ istæ dicēdæ sunt. Quòd si qua lege aut edicto, aut statuto municipali certa pœna pecuniaria sic constituta est, vt neque augendæ, neque minuendæ eius facultas vlla Iudici supersit, tanquam quæ ipso iure ac sola legis aut edicti potestate irrogetur, Pœna quidem erit non multa, Sed quæ tamen factum & sententiam iudicis perinde exiget acsi non ipso iure irrogata esset, scilicet vt de facto pronuncietur, id est an delictū cui talis pœna imposita est admissum sit necne, simúlque declaretur pœnam commissam esse. Quam ideò declaratoriam sententiam nostri vocant. Cuius necessitatem illud semper inducit quòd ex facto ius oritur, nec priùs dici certò potest admissum fuisse delictum quàm de eo pronunciatum sit, nec à pronunciatione tali prouocatum, vt res iudicata pro veritate haberi possit, quæ alioqui iure & quæstione facti, haberi pro veritate nullomodo posset, Cùm facti quæstio semper sit incerta, tanquā quæ ex arbitrio & religione iudicantis pendeat, vt Papinianus ipse dicebat *in dict.l.ordine 15.D.ad municip.dict.l.1.§.3. D.ad SC.Turpill.* facti autem quæstio etiam prudentissimos plerumque fallat *l.2.D.de iur. & fact.ignor.* Idque est quod Paulus scribit *in d.l. antep.De verb.sign.* De pœna quidem prouocationem non esse, Sed tamen non aliter nec priùs pœnam deberi quàm victus quis sit & conuictus eius maleficij cuius pœna constituta est. Qua ratione cùm apud nos Vniuersitas quædam hoc se habere priuilegium contenderet, vt locales criminum leuiorum condemnationes summarias, vulgò Assisias vocant, pati non cogeretur, quas ex vetere statuto Sabaudiæ Iudices omnes per annos singulos indicere & pronunciare iubentur, Ne aut delicta vlla etiam leuiora omnino impunita remaneant, aut grauioribus litis ordinariæ sumptibus coerceantur, Eúmque huius suæ contradictionis colorē afferret, quòd in singulas criminum omnium causas certæ pœnæ iam inde à multis seculis constitutæ essent, & ipso iure irrogatæ [vulgò *bāna* nostri vocant] vt proinde nulla iudicis sessione aut pronunciatione ad eas irrogandas opus esset, Visum est non esse admittendum nec ferendum eiusmodi priuilegium, Non solùm tāquam quòd statuto repugnaret, Verùm etiam quòd fieri non posset vt sciretur, an pœnæ illæ deberentur, quousque de crimine ipso

cognitum & pronunciatum esset *d.l.antep.De verb.signific.* Nec illa igitur recipienda distinctio est quam adhibet Amedeus à Ponte *dict. quæst. laudem* 38. in superiore disputatione De pœnis aut priori, aut posteriori pœnarum conductori adiudicandis. An ipso iure pœna committatur, necne. Nam & cùm ipso iure committitur, illa tamen ratio pro conductore semper facit qua mouemur pro Guidone Papio contra Boerium, quod incertum semper sit quis iudex de facti quæstione pronunciaturus sit, Imò & an aliquid vnquam pronunciaturus, cùm possint multa incidere quæ faciant ne vlla vnquam pronunciatio sequatur.

ERROR NONVS.

De alia distinctione interpretum, An pœna irrogetur ex delicto, An ex causa iuris feudalis vel emphyteutici.

ADFERVNT etiam interpretes aliam distinctionem circa pœnas irrogandas, An ex delicto irrogentur, an ex causa iuris feudalis vel emphyteutici, Vt in iis quæ ex delicto irrogantur, delicti & maleficij tempus spectari oporteat non condemnationis quasi exinde iam nata obligatione, aut saltem causa obligationis. In iis verò quæ ex causa iuris feudalis vel emphyteutici, hoc est in commissis & caducitatibus, vt loquuntur, ob nõ petitam suo tempore inuestituram, aut ob non solutum canonem spectari debeat tempus declarationis non culpæ admissæ. Sic enim vulgò pragmatici nostri post Aymonem Crauet. *cons.*212.*num.*8.*in fin.* vbi diuersitatis rationem illam adfert, quòd commissio rei emphyteuticæ vel feudalis dependeat à voluntate domini directi numquid velit esse commissum vel non. Nec enim iure suo cogendus est vti dominus inuitus si fortè malit laudimium petere quàm commissum. Exemplo nimirum eius quod de lege commissoria scriptum est *in l.2.D.de leg.commiss.* legem cõmissoriam exercere posse venditorem si velit non etiam inuitum, quia pro venditore lex illa adiicitur nõ pro emptore. Mihi verò hæc distinctio quamuis ab Amedeo nostro probata videatur, *d.quæst.*38. non modò improbabilis semper visa est, sed etiã multò improbabilior, quàm quæ à nobis superiore capite confutata fuit. Est enim pœna cõmissi & caducitatis similior cæteris, quæ ipso iure irrogantur: de quibus proximè diximus credi probabilius posse, vt ei qui tempore delicti ius habuit pœnæ persequendæ potiùs, quàm vel domino, vel conductori posteriori debeantur. Siquidem certissimum est, commissum fieri iure ipso ac citra vllam declarationẽ voluntatis *l.commissa* 14.*D.de public.& vectigal.* Vbi dicitur commissa vectigalium nomine etiam ad heredẽ transmitti. Nam quod commissum est, inquit Vlpianus statim desinit eius esse qui crimen contraxit, dominiúmq; rei vectigali acquiritur. Indéque prætereà infert commissi persecutionem sicut aduersus quemlibet possessorem, ita & aduersus heredem cõpetere. Quamuis autem eo loco Vlpianus de iis commissis tantùm loquatur quæ ex causa fraudati vectigalis contrahuntur, non etiam de cæteris, de quibus nostra disputatio est, quæ ex causa iuris feudalis vel emphyteutici, cuius eo tempore nullus adhuc vsus erat, Non aliam tamen cæterorũ rationem esse intelligimus ex ea ipsa Iustiniani constitutione quæ hoc ius nouum induxit, *in l.vlt. C.de iur.emphyt.* cuius

postrema illa verba *Sin autem aliter fuerit versatus quàm nostra constitutio dispo-suit, iure emphyteutico cadat*, non alium certè habent sensum, quàm vt ob non impletam ab emphyteuta legis sollennitatem res cadat ipso iure in cõmissum. Neque enim verbum *cadat* factum vllum hominis significat, sed tantùm meram iuris potestatem: Vt in antiquis illis caducis eueniebat, quæ per legem Iuliam Papiam introducta tandem à Iustiniano sublata sunt *in l. vnic. C. de caduc. tollend.* Itaque falsissimũ est quod Craueta & pragmatici supponũt pro vero, Rẽ siue feudalẽ, siue emphyteuticam non priùs cõmitti quàm dominus volũtatem suam declarauerit, quòd committi rem velit. Nã imò verò cõmittitur ipso iure neque exquisita, neq; expectata voluntate domini, & sola potestate constitutionis, de qua nemo dubitat quin facere id possit, cũ etiam dominium transferre queat non minùs quàm lex *l. in bello 12. §. si quis seruũ D. de captiu. & postlim.* hìc autẽ non de transferendo dominio agatur, sed tãtùm de aufferẽdo iure emphyteutæ ne ius vllũ amplius habeat rei retinendę inuito domino directo qui solus dominus est, licèt à nostris non simpliciter dominus vocetur, sed cũ adiectione illa, vt directus dicatur *l. 1. D. si ager vectig. vel emphy. eff. dic.* Nec contrarium est quod obiicitur, Non posse rẽ cõmitti domino inuito cuius solius fauore ita ius cõparatum est, vt ob emphyteutæ vel feudatarij culpam res committatur. Aliud enim est de iure cõmissi tractare, aliud verò de acquisitione. Res ipso iure cõmittitur etiã ex causa feudalis iuris vel emphyteutici nõ secus quàm ex alia qualibet. Sed non acquiritur inuito, quia nemo inuitus iure suo vti cogitur, sed potest quilibet abiicere ac contẽnere & quæ pro se introducta sunt *vulg. l. pen. C. de pact. l. si iudex 41. D. de minor.* Aut vt dicã subtilius, Duplex acquisitio in cõmisso de quo agimus considerãda est, vt in legato vindicationis, Reuocabilis vna, & irreuocabilis altera. Prima fit sola iuris potestate, etiam dormiẽte ac ignorante legatario *l. cùm pater 77. §. surdo de leg. 2.* atq; hoc sensu dicimus dominiũ rei legatæ transire recta via à testatore in legatariũ *l. à Titio 64. in fin. de furt.* nũquam factũ heredis *l. legatum 80. de legat. 2.* Altera verò legati acquisitio fit accedente legatarij voluntate cùm agnoscit legatũ *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1. l. quadam 15. D de reb. dub. l. ei qui 13 D. de condict. inst.* Illa enim prima legati acquisitio quæ sola legis potestate inducitur nõ est irreuocabilis cùm nõ obliget legatariũ inuitum quominùs repudiare legatum possit si id habere nolit. Nũquam enim lex acquirit inuito, licèt deferat inuito. At posterior acquisitio quæ fit per agnitionẽ legati, nullum repudiationi locum relinquit, quia post acquisitionẽ sera esset repudiatio, cùm id quod ita semel acquisitum est repudiari posteà amplius non possit *l. 1. §. decretalis D. de success. edict. l. Titia cùm testamento 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* Sic & in cõmisso, ex quacunque causa fiat dicendũ est acquiri illud statim & ipso iure cùm statim & ipso iure res desinat eius esse qui vel crimen vel culpã admisit *d. l. commissa.* Sed ita tamen vt nõ eo minùs ipsi sit integrũ repudiare rem cõmissam si iure suo vti nolit, quoniam acquisitio illa prior quam ipso iure fieri diximus semper reuocabilis est, & vt ita dicam repudiabilis quousq; acquirendi voluntas accesserit. Nec.n. ideò fiunt commissa vt acquirantur inuitis, sed tantùm vt volentibus. Sic Labeo dicebat bona etiam quæ soluendo non essent ad fiscũ pertinere ipso iure ex variis illis causis quę recensentur *in l. 1. in princip. D. de iur. fisc.* neque tamen dubitabat quin fisco esset integrum ea bona repudiare, quæ sine manifesto damno & incommodo non posset agnoscere. Cur enim esset fiscus in eo deterioris condicionis quàm cæteri qui numquam ignorantes multò minùs inuiti æri alieno obligantur *l. qui*

in aliena 6. in princip. D. de acq. hered. l. seruo 65. in princ. D. ad SC. Trebell. cùm in cæteris ferè omnibus sit melioris ob priuilegia quæ habet tam multa *Tit. C. de priuileg. fisc.* Quamquam prior illa pars sententiæ Labeonis vera non est, vt ea quoque bona quæ soluendo non sunt acquirātur fisco ipso iure. Cùm aduersus eam sententiam edictū perpetuum scriptū sit, ex quo ita demùm bona veneunt si ex iis fisco acquiri nihil possit vt contra Labeonē Callistratus disputat *in d. l. 1. §. an bona D. de iur. fisc.* Nō enim possunt bona vlla ad fiscū pertinere nisi quæ creditoribus superfutura sunt, cùm id bonorū cuiusq; esse intelligatur, quod æri alieno superest *l. non possunt 11. eod. tit.* Cæterùm ne à proposita quæstione aberremus, si verum est, vt est, Ex culpa feudatarij vel emphyteutæ committi rem & acquiri ipso iure domino directo vel eo qui ab ipso ius habeat, Planè cōsequēs est vt non alterius voluntas in commisso repudiando interuenire debeat quàm eius ipsius cui fuerat ipso iure acquisitum. Ergo prioris conductoris, non posterioris aut domini, Ne alioqui sit in potestate istorum lædere ac tollere ius priori conductori quæsitū, quod neq; ciuilis ratio patitur, neque naturalis *l. id quod nostrum 11. l. non debet alteri 74. De regul. iur. l. vlt. D. de pact.* Quis enim alius repudiare aliquod ius potest, quàm is ipse cui acquisitū ius est, vel agnoscendi, vel repudiandi, & qui ex eiusmodi agnitione vel lucrum vel damnū aliquod cōsequi posset *l. legatum 7. De legat. 1.* Vnde est quod nec filius sine patre nec pater sine filio hereditatem filio delatā repudiare potest, sed ita demùm valet repudiatio si ab vtroq; facta sit *l. is qui heres 13. §. vlt. D. de acq. hered.* Nempe quia iam tùm erat filiusfamilias acquisitionis capax, hactenus scilicet vt posset ei acquiri hereditas si eam pater sibi acquiri nollet *l. cùm heres 52. eod. l. 1. C. qui admitt. ad bon. poss. l. Imperator 50. D. ad SC. Treb.* Cùm igitur eum casum tractemus, in quo ex culpa sua feudatarius vel emphyteuta iure suo ceciderit. Cui obsecro acquiri cōmissum illud potest præterquàm illi qui eo tēpore aut dominus directus fuerit, aut à domino directo siue conductionis, siue alio titulo causam habuerit? Quod. n. fit ipso iure, semper fit in instanti, nec proinde aliud instās inspici potest vt sciamus cui debeat acquiri quàm illud ipsum quo acquiritur. Atqui ponimus eo tempore conductorem aliquem fuisse ad quem & laudimia & commissa, & cætera omnia directi dominij commoda & emolumenta pertinere potuerint ac debuerint. Non alij ergo quàm priori huic conductori ius commissi vindicandi acquiri potest, Et consequenter nec repudiandi. Nam & perpetuum hoc ius est vt is demum repudiare possit, qui potest etiam acquirere, & cui delatum fuit ius acquirendi *l. 4. l. is potest 18. D. de acquir. hered.* Proinde fatendum est in eius solius arbitrio esse debere an commissi iure sibi quæsito vti velit, necne. Vt si velit, nil ei nocere debeat quod contrariam voluntatem aut dominus directus, aut posterior conductor declarauerit, cùm eorum nihil intersit sed prioris tantùm conductoris ad quem rei dominium semel pertinere cœpit, vt *in l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* Si verò nolit, siue quòd malit laudimium quàm commissum petere, siue quòd nec laudimium petere velit, malitque & culpæ & laudimij gratiam emptori facere, nihilomagis acquiretur ius aliquod aut domino, aut posteriori conductori: Non equidem, si laudimium pro commisso petatur, quia nec vtrique locus esse potest laudimio & commisso, nec prohiberi debet is qui commissum vindicare potuit quominus possit laudimium petere, ne cui quod plus est licet, denegetur quod minus est contra iuris regulam *l. non debet cui 21. De reg. iur. l. cui pacto 5. D. de seru. export.* Neque rursum si nec laudimium petere velit vt faueat emptori,

quia prohibendus non est acquirere sibi beneficij debitorem, quæ omnium optima species est acquisitionis, dummodò ex suo acquirat, non ex alieno *l. si pignore 54. §. 1. D. de furt.* Nisi fortè liberalitatem suam ad dominum directum aut ad posteriorem conductorem potiùs quàm ad emptorem pertinere voluerit, Vt in specie quāuis dissimili loquitur Vlpianus *in l. 1. §. unde Neratius D. ad SC. Trebell.* Quo vno casu dubitandum non esset, quin siue commissi, siue laudimij petendi ius totum ad eum pertinere deberet, in quem beneficium conferre cōductor primus voluisset. Quid enim æquius, & rationi naturali conuenientius, quàm voluntatem domini rem suam aut quod ferè idem est, ius suum trāsferre in alium volentis ratam haberi? *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acq. rer. domin.* Sed extra hunc casum nego fieri posse vt de re quæ commissa sit durante tempore prioris conductionis alius possit agere quàm primus conductor, licèt per totum illud tempus voluntatem suam numquam declarauerit: quàm alioqui declarare postea quandocunque potest: Cùm finito tempore conductionis non ideò prohibeatur conductor de suis iuribus experiri quæ conductione durante acquisiuisset. Alioqui dicendum esset, si quid ei iuris vltimo conductionis die obuenisset, nullam eo nomine ipsi actionem competituram, quòd eam durante conductione non exercuisset, quam certè etiamsi maximè voluisset exercere eo ipso die non posset: Quod tamen neque ex pragmaticis quisquam dicturus sit. Non enim quando actio exerceatur spectandum est, sed cui acquisita & nata sit, vt ab eo ipso demùm non ab alio nisi ex ipsius voluntate exerceri possit, Et longè aliud est actionem habere, aliud exercere. Sed etsi declaratio voluntatis aliqua esset necessaria ad commissi acquisitionem, quod nos negamus, cùm ipso iure fiat eiusmodi acquisitio. Non ideò tamen cōsequens fieret vt declarationis potiùs quàm culpæ tempus spectari oporteret, Cùm secuta declaratio quandocunq; necessariò retrotrahenda sit ad id tempus quo fieri potuit, quia nec aliud facit declaratio nisi vt non tam confirmetur acquisitio quæ ipso iure facta est, nec proinde vlla indiget confirmatione, quàm vt appareat acquisitionem præcessisse, vt in specie *dict. l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1. & dict. l. quædam 15. D. de reb. dub.* Quemadmodum euenire suprà diximus in iis pœnis quæ ipso iure quidem irrogantur. Sed ita tamen vt pronunciatione iudicis declaratoria indigeant. Nam & hoc casu quandocunque secuta declaratio facit vt pœna ei debeatur cui ius fuit eius persequendæ quo tempore delictum committebatur, non quo facta declaratio est, Ne aliter posito iure dici non possit, quid proficiat dicere pœnam in his casibus ipso iure irrogari.

ERROR DECIMVS.

De sententia declaratoria quam exigunt pragmatici in pœna caducitatis iam commissa.

MVLTA sunt alia in quibus peccat idem vir doctissimus Aymo Craueta *d. cons. 212.* de quo suprà diximus. In eo primùm, quòd vult pœnam caducitatis & commissi ob culpam aut delictum feudatarij vel emphyteutæ non cōmitti ipso iure sed ita demum si dominus directus velit, & quasi condicionaliter, vt ipse

loquitur *num.9.in fin.* quod nos iam refutauimus. Ostendimus enim, Imò verò ipso iure committi, nec requiri declarationem vllam voluntatis. Quæ tamen etiamsi esset necessaria, non eò magis faceret ius cōdicionale. Esset enim hæc tacita condicio & legalis potiùs quàm conuentionalis, quæ proinde non facit ius ipsum condicionale, sed iuris tantùm executionem. Exemplo eius quod solemus dicere, Compensationem fieri ipso iure, nec tamen aliter fieri quàm si opponatur *l.si ambo 10.in princip.* & *l.seq.* iunct. *l.2.* & *pass. D.de compens. l. vltim.* vbi omnes notant *C.eod.* & apertiùs *in §.penult. Instit. de action.* Vnde etiam est quòd compensationes ponuntur in numero exceptionum, quia nimirum perinde opponendæ sunt atque exceptiones, Neque tamen ideò quis dixerit compensationes omnes esse condicionales, aut ob id minùs fieri ipso iure quòd non aliter fiant quàm si opponantur. Quidni enim relinquatur in arbitrio eius qui compensandi ius habet an velit sibi per compensationem consulere, an propria, & separata actione persequi id quod sibi debetur, si putet ex aliqua causa sibi magis expedire? Nam & qui compensat agere quodammodo dicitur, & petere *l.amplius 15.D.rat.rem haber.* Ergo quemadmodum is qui obiicit compensationem, non facit quominùs iam antè facta fuerit ipso iure, sed tantùm suam declarat voluntatem quòd eo iure quasi iam sibi quæsito vti velit: quod vtique facere non posset si iam ipso iure facta compensatio non esset: Ita & in proposito, cùm dominus voluntatem suam declarat quòd rem commissam vindicare velit, non ideò facit vt tùm res committatur, quam certè iam esse cōmissam necesse est priusquàm quasi commissa vindicari possit, sed ostendit tantùm iure se suo vti velle, quod abiicere si vellet, posset, quo tamen vti non posset, etiamsi maximè vellet, nisi iam commissi ius apertum esset. Est igitur ea domini declaratio non causa rei committendæ, sed effectus & executio commissi iam ipso iure facti, & consequenter præsupponit commissi ius, non suspendit. Errat etiam Craueta in eo, quod præsupposita necessitate declarationis ad commissum inducendum, quæ vt diximus, non nisi ad commissi persecutionem necessaria est, existimat declarationem illam à solo domino directo fieri posse & debere, non etiam à conductore. Nam & hoc quoque falsum est, quoties conductio sic facta fuit vt omnia feudi, vel emphyteusis emolumenta, etiam commissa ad emptorem pertinere debeant: quod hodie apud nos plerumque fit, Et ita factam esse conductionem ponendum est vt quæstioni locus fieri possit. Alioqui certum est, commissa cùm non sint in fructu quia non renascuntur, ad conductorem regulariter non pertinere, vt tractat Guid. Pap. *quæst.477.* nec dissentit Crauet. *dict.cons.212.num.vlt.* vbi ait sententiam illam Guid. Pap. procedere de iure communi. Secus, inquit, si pacto aliud cautum sit in ipsa conductione, Vel, quod effectu idem est, nisi cōductionis verba tam generalia sint, & prægnantia vt ad talia quoque iura pertineant. Cùm verò tale quid factum est, Quæro an non domini loco habendus sit conductor, vt eius sit non domini directi declarare an commissum persequi velit? Quis enim permittat domino vt declaret nolle se iure suo vti, vt lædat & perimat ius conductoris? Aut quodnam hac parte potest in effectu esse ius domini cùm is ius omne suum quod habebat commissorum omnium si quæ obuenirent persequendorum, in conductorem transtulerit? atque ita procuratorem illum velut in rem suam constituerit? Certum siquidem est eum qui semel procurator in rem suam constitutus sit reuocari posteà non posse nec quicquam in eius præiudicium fieri à constituente *l. illam subtilem 33. Cod. de donat.* Maximè verò cùm quis procurator in

rem suam constitutus est per contractum locationis, aut alium eiusmodi contractum nominatum, In quo genere contractuum constat non esse locum pœnitentiæ, nec alterutrum contrahentium vel ignorante, vel inuito altero ab obligatione contracta discedere posse, Ne tum quidem cùm alter ex parte sua cōtractum non implet *l. ea condicione* 14. *C. de rescind. vendit.* Quantò minùs si nihil aduersario imputare possit is, qui tamen vult ei nocere? Non ergo ferendus est dominus directus si post translatum in cōductorem certa mercede ius omne commissi persequendi, nolle se dicat vti iure suo, vt conductorem suo proprio vti prohibeat. Sed tertius & præcipuus Crauetæ error in eo est, quòd secutus Decium *consil.* 160. *ad fin. & consil.* 185. ait requiri sententiam declaratoriam in commisso ex causa iuris feudalis vel emphyteutici. Post Iason. *in l.* 2. *Cod. de iur. emphyt.* & ad *l. si quis maior notab.* 13. *Cod. de transact.* vbi ait generaliùs, Quoties aliquid inducitur ipso iure licèt non requiratur sententia dispositiua, requiri tamen declaratoriam in his omnibus quæ non trahunt secum executionem, Per *tex. in cap. cùm secundum de hæret. in* 6. Nam si verum est, vt est, quod hi omnes fatentur, non requiri declaratoriam in iis quæ secum trahunt executionem, fateri eos necesse est, non esse igitur illam in proposito casu necessariam. Quandoquidem negari non potest, cessante emphyteuta soluere aut cætera præstare ob quæ non præstita commisso locus fiat: Statim sequi executionem nullo etiam hominis facto interueniente, cùm statim & ipso iure emphyteuta vel feudatarius à toto iure suo cadat vt superiore capite disputauimus & probauimus ex *l. commissa* 14. *D. de public. & vectig. & l. vltim. in fin. Cod. de iur. emphyt.* Nec alia commissi executio fieri potest. Nam quod Crauetta disputat non aliter executionem commissi factam videri posse, quàm si effectu ipso bona transferantur in dominum in hoc quoque errat. Nec enim dominus directus indiget, vt in eum transferantur bona quorum iam ipse sit dominus, & quorum pro arbitrio vindicandorum vtique ius habet tanquam dominus, nisi quatenus iure emphyteutico prohibetur *l.* 1. *&* 2. *D. si ager vectig. vel emphyt. eff. dicat.* Atqui iam non potest prohiberi iure vllo emphyteutico, cùm emphyteuta ob non factum id quod facere debuit, suo penitus cecidit iure. Quam enim exceptionem possit dare Prætor ei qui nullum omnino ius habeat? Trahit ergo ius commissi secum suam executionem nec alia vlla executio necessaria est si dominus iure suo vti velit. Siue namque dicas cum interpretibus ius illud emphyteutæ esse ius vtilis, vt vocant, dominij, certum est ipso iure ac sine vllo hominis facto consolidationem fieri vtilis dominij cum directo, perinde atque ipso iure consolidatio fit cùm vsusfructus extinguitur *§. vltim. Institut. de vsufruct.* Siue nobiscum sentias ineptam esse totam hanc distinctionem vtilis & directi dominij, nec nisi vnicum esse dominium quod neque directum, neque vtile dicendum sit, sed dominium simpliciter, quod totum sit penes eum qui feudum vel emphyteusim concessit. Penes feudatarium verò vel emphyteutam, nihil nisi ius quod habet, rei retinendæ inuito etiam domino quandiu paratus erit facere ac præstare quicquid ex natura contractus facere & præstare debeat. Consequens est vt domino sufficere debeat quod emphyteuta vel feudatarius omni iure suo ceciderit, nec alia vlla commissi executione indigeat ad habendam rem & retinendam. Exemplo eius quod scriptū est de herede rogato restituere hereditatē ei qui & ipse post certum tēpus eandem hereditatem eidem heredi restituere iussus sit, Sufficere ipsi actiones directas quas tanquam heres habet nec exigi vt actiones vllæ vtiles in eum

tamquam

tanquam fideicommissarium transferantur quæ in cæteros fideicommissarios facta ex Trebelliano Senatusconsulto restitutione transferuntur *l. si heres institutus 70. iunct. l. 1. & pass. D. ad SC. Trebellian.* Nam neque fieri posset etiamsi maximè heres vellet vt actiones vtiles haberet aut acquireret qui iam haberet directas, cùm in eandem personam directæ & vtiles concurrere numquam possint, quia nimirum directæ tanquam pleniores tollunt ipso iure vtiles tanquam minùs plenas, vt in cæteris omnibus obligationibus euenit, quarum vna maior est, alia minor *l. debitori 50. D. de fideiuss. l. si duo 93. D. de solut. l. si reus 13. D. de duob. reis.* Similiter & in proposito dicimus fieri non posse vt per commissum quicquam iuris noui acquirat dominus, qui iam dominus est, & quidem vnicus, Nec alio lucro vel commodo indiget nisi vt emphyteuta vel feudatarius omne suum ius amittat: quod certè fit per commissum ipso iure. Nulla igitur declaratoria sententia opus est ad commissum inducendum, sed tantùm ad pronunciandum de quæstione facti, Emphyteutam scilicet, aut feudatarium non fecisse quod facere debuit. Qua pronunciatione quandocumque secuta exinde apparet iam à die culpæ contractæ fuisse rem cõmissã ipso iure, & acquisitam domino directo, si is in alium neminem ius hoc transtulerit: aut conductori, si lex conductionis ita ferat, quamuis dominus directus non eo minùs maneat dominus, neque locatio soleat transferre dominium *l. non solet 39. D. locat.* quia etiam commissa fructuum & obuentionum iure censentur cùm ita placuit contrahentibus, quoniam contractus omnes præsertim qui bonæ fidei sunt ex conuentione legem accipiunt, nec decipiendus est qui non aliter fuit contracturus *l. 1. §. si conuenit 6. D. depos. l. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nec obstat quod pro sententiæ suæ confirmatione Craueta obiicit, Tùm quoque cùm dominus voluntatem suam declarauit, & emphyteutam expulit, Posse tamen adhuc eum petere pensionem totius præteriti temporis. Ex Bart. *in l. 2. Cod. de iur. emphyt. per Auth. qui rem Cod. de sacrosanct. eccles.* ex quo infert ille: Ergo ante eiusmodi declarationem & executionem, adhuc manere emphyteutam nec bona posse dici commissa, quia tunc, inquit, peterentur omnes fructus percepti, non pensio. Nam respondemus, Non esse bonam consecutionem, quia licèt commissum fiat ipso iure, vt diximus, & emphyteuta vel feudatarius per solam culpam toto iure suo cadat priùs etiam quàm dominus voluntatem suam declarauerit. Non tamen facit ea res vt totius præteriti temporis fructus domino debeantur: Quippe cui etiam post extinctum ius omne feudatarij vel emphyteutæ non aliud ius competit, quàm vt rem commissam quasi suam vindicare possit sine metu vllo exceptionis, In iudicio autem vindicationis constat non venire fructus præteriti temporis, sed eos tantùm qui ex die litis contestatæ percepti sunt, Nisi proponas aut extare adhuc, aut mala fide consumptos esse *leg. certum 22. Cod. de rei vindic.* Pensionem igitur saltem vice fructuum peti posse æquum est, Ne alioqui ex sua culpa & improbitate possessor lucrum consequatur. Qui licèt per commissum toto iure suo ceciderit, & emphyteuta esse desierit, vel feudatarius, habet tamen colorem aliquem rei retinendæ cuius possessionem semel ex domini voluntate iustóq; titulo nactus est, quousq; dominus contrariã voluntatẽ suam declarauerit, Cùm futurum esse possit vt iure suo vti nolit, malitq; de possessoris culpa trãsigere, & modico aliquo accepto vt plerunq; fit, eundẽ vasallũ aut emphyteutam sub eiusdẽ pẽsionis onere retinere *arg. l. de eo 63. D. de don. int. vir.*

Digitized by Google

& vxor. Statuere enim apud se dominus statim debet, an commissoriam velit exercere, quòd si non faciat & prudens sciénsque patiatur vasallum aut emphyteutam in possessione manere fructúsque percipere, videtur iure suo vti noluisse, nec variare posteà potest *l.4.§.eleganter l.pen.D.de leg.commiss.* Quamquam si quis contra Bartolum vellet defendere, cogendum esse vasallum vel emphyteutam omnium fructuum rationem reddere quos ex die commissi percepisset absente fortassis & ignorãte domino, is meo iudicio nõ valde aberraret. Quod enim scriptum est *in d.Auth. qui rem*, de soluenda pensione præteriti temporis ad tempus illud referendũ est quo cessatum fuit in solutione canonis, & annuæ pensionis antequàm res committeretur, Non ad tempus quod secutum sit culpam quæ commisso causam dederit. Nec enim supponit Iustiniani constitutio tam negligentem fuisse rectorem ecclesiæ, vt passus sit ex die commissi fructus vllos percipi ab iniusto possessore. Idque similiter in venditionibus quæ sub lege cõmissoria fiunt, euenire videmus, vt emptor qui pacto non paruit, & fidem fefellit, fructus quoque omnes quos interim percepit restituere debeat *d.l.4.in princ.D.de leg. commiss.* quia nihil penes eum remanere oporteat ex ea re in qua fidem fefellerit, inquit Neratius *in l.5.eod.tit.* Nisi cùm emptor precium perdidit, quo vno casu æquũ est, vt fructus lucretur *d.l.4.§.1.* Tantóq; magis hæc nostra interpretatio sequenda est quod Iustiniani constitutio vnde sumpta est *d. Auth.qui rem*, loquitur de emphyteusi ecclesiastica, quam ipsi etiam interpretes fatentur omnes hoc gaudere priuilegio, vt in fauorem ecclesiæ cõmittatur ipso iure, nec declaratoriam vllam sententiam requirat. Sic enim Decius post alios *cons.146.* quẽ refert nec improbat Craueta loco supradicto. Ille verò alius eiusdem Crauetæ error intolerabilior est, quod addit, Etiam posito quod commissum acciderit tempore prioris conductionis, non eò magis futurum vt priori conductori debeatur, propterea quòd, inquit, ad conductorem non pertineant fructus qui pendentes fuerunt tempore finitæ conductionis, sed ij tantùm quos ipse durante conductione perceperit. Ex not. *in l.defuncta 58.D.de vsufr. & in l. fructus 7.§. Papinianus*, aliàs *l. diuortio D.solut.matr.* Quasi pœnæ omnes priusquàm sint exactæ habendæ sint in fructibus pẽdentibus non in numero perceptorum. Ex Baldo *in l.fin.C.de fructib.& lit.expens.* Socin. *cons.100.incip.in causa Baptistæ lib.1.* Primùm enim negamus verè id dici posse de pœnis quæ ipso iure irrogantur quæ licèt nondũ sint exactæ cùm tamẽ iam sint debitæ nõ ad alium pertinere possunt quàm ad eum qui exigendi ius habuit eo tempore quo fuerũt irrogatæ. Esset namq; præposterum, vt ius agendi æstimaretur ex ipsa exactione, cùm sit natura & ordine iuris prius, vt quis actionem habeat ad agendum, quàm vt possit exigere. Deinde quòd in persona cuiuslibet bonæ fidei possessoris etiam qui à vero domino causam non habeat, receptum est vt fructus percepisse videatur ad faciendos eos suos statim atque à solo separati sunt *l.si fructuarius 13.D.quib.mod.vsufr.amitt.* quidui etiã in persona conductoris multò magis recipietur, vt cõmissa ista possit petere quæ iam ipso iure ceciderunt? Cùm & à vero domino ius habeat, & prætereà illud ipsum ius quod haberet dominus si ius feudale aut emphyteuticum non locasset. Atqui haberet ius petendi commissi, & quidem tamquam qui dominus fuisset eo tempore quo res committebatur. Ergo & ad conductorem pertinet, tanquam fructus qui iam perceptus sit ex dominij voluntate, vt *in l.si seruus 61.§.locaui D.de furt.* Quis enim pro fructibus pendentibus ac non potiùs pro perceptis habere debeat hæc iura quæ nõ modò iam à solo separata sint, tanquam in iure non in corpore cõsistentia, sed

quæ

quæ sunt ipso etiam iure acquisita? Nimirũ acquisitio hæc pro perceptione est, & sicuti fit acquisitio hæc ipso iure, ita pro perceptione haberi debet, non quæ facienda sed quæ iam facta sit, Tanquã quę sit perceptio iuris non facti. Quæ enim acquiruntur ipso iure, etiã ignorantibus acquiruntur, *l. cùm pater 77. §. furdo de leg. 2. l. filiusfamilias 16. §. 1. D. qui testam. facer. poss.* vbi quamuis pro *personales* legendum sit *personis tales*, vt alibi docuimus. Illud tamẽ multò magis verum est in personalibus actionibus vt ignoranti quoque acquirantur, quia facilius est vt sic acquirantur, quàm vindicationes in quibus præsupponenda est acquisitio dominij quæ persæpe difficilior est, & vt plurimùm, licèt non semper, factum hominis exigit & traditionem *l. 1. & 2. D. de Public. in rem act.* Quòd si nostro conductori pro quo disputamus sola personalis actio ignoranti quæsita esset ob id quòd durante conductionis suæ tempore cõmissum euenisset. Quæro qua fronte, aut quo iuris colore possit dominus ei aufferre commodum huiusmodi actionis personalis? An ideò fortasse quòd ante finitam cõductionem nec egerit, nec exegerit? Atqui ius habuit agendi, quod sufficit vt ei semel quæsita actio ignoranti vel inuito aufferri non possit: Alioqui si non tam illud inspiciendum est quo tempore commissum euenerit, quàm quo tempore actum sit. Eodem errore dicendum esset, si commissum ante initam conductionem accidisset, necdum tamen dominus eo nomine egisset, futurum vt conductori ea actio danda esset, quemadmodum & fructus omnes pendentes ad eum pertinerent. Quod tamen absurdum sanè esset dicere, nec quisquam est directus dominus tam stultus, qui conductori suo tale quid petenti vellet id concedere. Quid enim iuris habere potest conductor in ea re, quæ ante conductionẽ fuerit commissa, licèt nullam ex ea causa dominus actionem proposuerit. Porrò quæ domino iniuria fieri non debet si commissum locationem præcesserit, ea neque conductori facienda est, si durante conductione res in commissum ceciderit. Neque verò hic casus vnus ex iis est in quibus vt Craueta putat, præferendus ille sit qui laborem aliquem vt ipse loquitur, ad iuris acquisitionem impenderit. Nec enim labor vllus versatur in acquirendo commisso quod statim & ipso iure vt diximus acquiritur, nec tam facto aliquo domini aut conductoris quàm ob non factum à feudatario vel emphyteuta id quod facere debuit. Qui verò in agendo labor collocatur actionem acquirere nullam potest, cùm priùs acquisitam esse actionem oporteat, quàm vt de ea exercenda laborandum habeat is qui agere vult. Fuit igitur consilium illud Aymonis Crauetæ pro amico vt aiunt potiùs quàm pro veritate.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS XCVIII.
ERROR I.

De actione quæ competit domino ad petenda laudimia & commissa etiam quæ durante conductione obuenerunt.

ETsi verum est quod ad finẽ superioris Decadis disputauimus, Potiorem esse cõductoris quàm directi, vt vocant, domini causam in petendis laudimiis vel commissis quæ durante cõductionis tempore obuenerunt, quãuis ante finitam conductionem eo nomine non egerit, Non ideò tamen pragmaticorum sententiam probare possumus, qui putant, Eo casu quo aliqua conductori actio competat, nullam penitus directo domino dari debere. Esséque illum summouendum si obuẽtiones istas velit petere, quasi sine iure & sine actione experiatur, quod facere certè nemo potest *l. si pupilli 6. §. vlt. De negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter D. de adm. tutor.* Nos. n. contrà existimamus, Non eo minùs actionem competere domino, quòd conductori quoque competat, si aliud nihil sit quod obstet. At vno tantùm illo casu exceptione repellendum esse dominum quo conductor quoq; agat. Idque non quasi actio conductoris impedire possit, ne domino ius agẽdi competat, vt pragmatici nostri existimant, sed quia in vtriusque concursu æquũ est præferri conductorem qui à domino ipso ius habet, Non dominũ qui cum conductore certa mercede contraxit, eiq; agendi ius & exigẽdi facultatem concessit. Mouemur, quod siue de petendo laudimio, siue de commisso persequendo agatur, nõ ex alio fonte ius agendi nascitur, quàm ex causa dominij directi cui accepto ferẽdum est, quicquid ex causa vel commissi vel laudimij debetur. Atque in commisso quidem expeditior res est iuxta eorundem pragmaticorum opinionem, existimãtium nihil aliud esse cõmissum rei feudalis, vel emphyteuticæ quàm cõsolidationem dominij vtilis cũ directo. Sic. n. perpetuò loquũtur eo errore ducti quòd putant esse aliquod dominium vtile, cuius consolidatio cũ directo fieri possit. Quem errorem nos iam sæpius refutauimus, improbata illa duplicis dominij directi & vtilis distinctione. Porrò si ita est vt dominium vtile cũ directo cõsolidetur, quoties aliqua res cadit in cõmissum. Apertissimũ est nõ in alterius

commodum

commodum & vtilitatem posse fieri eam cõsolidationem quàm ilius qui dominium directum habeat, cùm fiat consolidatio in re nõ in persona: sicuti solemus dicere in iure adcrescendi extra causam vsusfructus & alias si quæ sunt similes portionem deficientem velut alluuionem adcrescere portioni non personæ *l. Titio 33. §. 1. in fin. D. de vsufr.* Is enim qui à domino conduxit non idcircò fit dominus cùm non soleat locatio vlla dominium transferre *l. non solet 39. D. locati* Et quamuis à domino causam habeat non tamen habet totum ius quod habuit dominus, sed tantùm quatenus necesse est ad causam & facultatẽ fruendi re cõducta, vt fructus & obuentiones omnes possit percipere de quibus inter contrahentes actum est. Ergo tùm quoq; cùm id expressim actum fuit, vt ad cõductorem omnia commissa pertinerent, quod in dubio ac citra specialem conuentionem dicendùm non est, vt suprà monuimus ex Guid. Pap. *quæst.* 477. fatendũ est domino saluum ius esse persequendi commissi & vindicãdi iure, sc. dominij directi quod sibi retinuit, nec in conductorem transferre vnquam voluit. Cùm. n. saltem post factam consolidationem vnicum dominium sit quod totũ residet in persona illius qui anteà directus dominus dicebatur, [nec. n. pragmatici negãt. In vnam eandémque personam duplex illud dominiũ directum & vtile concurrere numquam posse] omnino consequens est vt domino cõpetat actio ad cõmissum vindicandum, Præsertim cùm vindicatio soli domino competere possit *l. in rem 23. in princip. & pass. D. de rei vindic.* qualis proculdubio non est conductor, nec magis postquàm ante consolidationem. Quinimò defendi verè potest, Conductorem vindicare commissum numquam posse, nec si dominus ipse consentiat, cùm ex domini voluntate non pendeat, vt vel conductor fiat dominus rei quæ in commissum cecidit, aut vt is qui dominus non est habere vindicationem possit. Sed pendet vtrumque ex potestate iuris, quod non habet dominium in earum rerum genere quæ nuda voluntate aut amittantur, aut transferãtur: Non. n. aut amittitur aut trãsfertur nisi certis vel legitimis modis inter quos nuda domini voluntas non est *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acquir. poss.* Proinde actio personalis conductori necessaria est si commissi aliquam cõtrouersiam à possessore patiatur, Eàque non aduersus possessorem cum quo non contraxit, sed aduersus dominum eundémque locatorem, qui per locationis contractum consensit, vt conductor percipiẽdorum commissorum ius haberet. Quamquam nec illud negamus, Posse conductorem rectà & sine vlla cessione actionis contra possessorem experiri suo iure, id est tanquam conductorem. At non ex propria persona, sed ex persona domini eiusdémque locatoris, tanquam procuratorem ipsius in percipiendis omnibus iis quæ in conductionem veniũt, quomodo de creditore pignoratitio scribit Paulus *in l. si pignori 29. in fin. D. fam. ercisc.* & ex eâdem illa locatoris voluntate ex qua cæteros quoq; fructus rei cõductę percipit suósque facit *l. si seruus 61. §. locaui. D. de furt.* Estque hic casus proculdubiò vnus ex illis in quibus aliquãdo permittitur vni ius alterius in iudiciũ deducere si alter ille patiatur. Adeò vt sententia contra eum lata qui ius alienum in iudicium deduxit domino quoque nocere debeat non minùs quàm si is iudicio adfuisset *l. sæpe 63. D. de re iudic.* Cur enim alia locatoris voluntate indigeret cõductor qui pro se habet proférque titulum conductionis? Sed si fortè dominus prohibere velit ne conductor agat ad commissum, malítque ipse agere, nõ aliud auxilium superesse conductori potest, quàm vt agat ex conducto aduersus locatorem ad hoc vt vel cedat ei sua actione & vindicatione dominij quam habet aduersus rei commissæ possessorem, Vel saltem patiatur eum agere ex

persona & iure ipsius locatoris cũ agendi facultas illa pro fruitione sit *l. ex conducto 15. in princip. D. locat.* Quo casu condemnandus vtique conductori locator erit, vt vel alterutrum impleat, vel præstet quanti eo nomine intererit cōductoris. Sed hoc ita, Nisi, quod plerunque fit, in ipso conductionis instrumento vel cessa tam sit actio, vel mandata conductori. Esset enim ea cessio irreuocabilis, & mandatum quoque irreuocabile tanquam factum procuratori in rem suam, vt superiore capite dicebamus *ex l. illam 33. C. de donat.* Itaque agere hoc casu conductor poterit aduersus possessorem. Nec vt cōtra suum locatorem agat remittendus erit, sed de hoc tantùm admonendus vt agat non ex persona sua, sed ex persona & iure locatoris, ad propriam tamen suam vtilitatem quemadmodum euenit in personis cæterorum omnium procuratorum in rem suam constitutorum *l. qui stipendia 9. Cod. de procurat.* Extra hunc casum, non potest conductor inuito locatore agere aduersus commissi possessorem absque cessione aut mandato exercendæ vindicationis quæ sola potest competere aduersus possessorem: Ignorante tamen ac multò magis sciente & non contradicente locatore potest, tanquam ipsius saltem procurator, & ex tacita locatoris voluntate per ipsum locationis instrumentum satis declarata. Exemplo eius quod dicimus Patrē posse communem sibi & filiæ actionem de dote exercere, quasi ex tacita voluntate filiæ dummodò filia sciat, neque contradicat, nec contradicendi causam vllam iustam habeat *l. 2. §. vltim. l. dotem 37. D. solut. matr.* Nec sanè probè recusare dominus potest, quin conductorem suum de commisso agere patiatur, adeóq; si conductor vehementiùs vrgeat, vt ei vindicationem præstet cùm ex bona fide id facere debeat. Sed quod ad laudimium pertinet facilius quidem est vt petere id conductori liceat, cùm laudimium sit in fructu feudi vel emphyteusis quę locata fuit, & personali etiam aut hypothecaria actione peti possit, quod in cōmisso secus est. Verùm enimuerò non facit ea res quominùs actio petēdi laudimij cōpetat locatori, Eodem scilicet dominij directi iure, cuius fructus & emolumentum in laudimiis cæterísque huiusmodi obuētionibus quæ renasci possunt magna ex parte consistit *l. fructus 7. §. si vir D. solut. matr.* Adeò vt nec nisi ex domini persona laudimium petere possit, & tanquam ipsius procurator, eo nomine in rem suam constitutus, ac proinde irreuocabiliter si actio per instrumētum vel cessa sit vel mandata vt de commisso diximus, Reuocabiliter verò si conductor nihil aliud iuris habeat, nisi quòd conductor est, Non enim posset titulus solus conductionis actionem ei dare contra laudimij debitorem qui cum eo nō contraxit, quíque de laudimio præstando nō alij obligatus esse potest quàm domino directo, ad quē solum & personalis & hypothecaria actio pertinet. Ergo hoc etiam casu id ipsum obseruādum erit, quod de commisso proximè diximus, vt contra locatorem agere conductor debeat ad præstandam vel actionem, vel saltem procuratorio nomine agendi patientiam. Tantum igitur abest vt verum sit, quod volunt pragmatici, Solum conductorem de laudimiis & commissis agere posse non dominum, Vt ex contrario dominus solus ille sit qui suo iure ac inuito etiam conductore, laudimium commissúmque persequi potest. Conductor verò nullomodo nisi ex voluntate aut expressa aut saltem tacita locatoris, in cuius arbitrio & potestate manet vt tacitæ præsumptionem extinguat aperta contradictione, atque ita conductoris actionem impediat, quamuis expressam voluntatem siue cessis siue mandatis actionibus declarata sit, reuocare non possit, sicuti nec tacitam reuocare posset, si tam certa esset, quàm præsumpta. Et quàuis improbè faciat locator qui conductorem de laudimio vel commisso agere prohi-

prohibet, ea tamen ratio facere duntaxat debet vt locator conductori damnari debeat non etiam vt possessor. Nec simile est quod si de domino contendatur inter duos dominos quorum vnus sit bonitarius alter quiritiarius, præfertur bonitarius, vt constat ex Vlpiano *in fragment. Tit. 19. De acquis. rer. & ex l. doce 9. C. de rei vindic.* iunct. *l. quamuis 75. D. de iur. dot.* Nõ enim comparari domino bonitario conductor potest, qui licèt à domino causam habeat, non ideò tamẽ dominus est, nec agendi nisi procuratorio locatoris nomine ius vllum habere intelligitur. Sed & quàm falsa sit hæc pragmaticorum nostrorum sententia ex illo etiam intelligimus, quòd etiamsi permittendum esset conductori agere de laudimio vel commisso aduersus possessorem, inuito locatore, quandiu tamen nec egisset, nec aliter voluntatẽ agendi suam declarasset, non esset prohibendus dominus de iure suo experiri, vt dici solet de eo qui citra delegationem mandauit alicui in alterum actiones *l. 3. C. de nouat.* Esset enim ista exceptio ex earum genere quæ dicuntur exclusiuæ iuris agentis non absolutè & simpliciter, sed condicionaliter si tertius velit. In quo exceptionum genere placet nostris omnibus post Bart. *ad l. 2. De except. rei iudic.* non priùs opponi eas posse quàm tertius ille volũtatem suam declarauerit. Summa igitur totius tractationis huius hæc est, Ius agendi pro cõmisso vel laudimio ad solum dominum pertinere non ad conductorem nisi tanquam procuratorem & ex persona domini eiusdémque locatoris, Sed actionis & exactionis vtilitatem per actionem ex conducto ad conductorem spectare debere.

ERROR SECVNDVS.

Si suus heres post abstentionem bona paterna vendiderit, An laudimia debeantur.

EX facto quæsitum scio, Cùm suus heres bonis paternis se abstinuisset, deinde ex iis fundum emphyteuticum vendidisset an ex eo cõtractu laudimium aliquod deberetur. In qua quæstione non erat ex pragmaticis qui non diceret nullum deberi. Mouebantur autem omnes hac vna ratione, quòd vt sæpius in hoc tractatu diximus laudimium deberi, non possit nisi ex translatione dominij, Translatio autem dominij nulla fieri possit ex venditione à non domino facta, licèt traditio secuta sit *l. traditio 20. D. de acquir. rer. domin.* Porrò alienam rem venditam esse negari non possit, quam suus heres post abstentionem vendidit, cùm is qui se abstinuit, nõ habeatur pro herede apud Prætorem *l. si filius 12. D. de interrog. in iur. fac. l. necessariis 57. D. de acquir. hered.* Ego contrà putabam, Ex huiusmodi venditione & dominium transferri & consequenter eo ipso argumento, quo pragmatici mouentur, laudimium deberi. Mouebat me, quòd suus heres etiam post abstentionem remaneat heres. Cùm non sit sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinentem, vt Vlpianus scribit *in l. cum quasi 30. § sed etsi suus D. de fideic. libert.* Heredis autem nomine certum est nihil nisi dominum significari *§. vltim. Inst. de hered. qualit. & differ. l. in suis 11. D. de liber. & posthum. l. de hereditate 19. §. paterfamilias vers. non tamen D. de castrens. pecul. l. 3. §. Pomponius aducit infr. de minor.* Illa igitur ratio translationem dominij impedire non potest, quòd traditio in hac specie facta sit à non domino cùm facta sit ab herede, nec possit non ma-

nere dominus qui heres manet. Atqui non nisi nudo nomine inquiunt pragmatici, heres est filius qui paterna hereditate se abstinuit *l. etsi ex modica 6. §. si filius D. de bon. libert. l. 2. §. sed si sint sui heredes D. ad SC. Tertyll.* id est non effectu ipso & apud Prætorem *dict. l. si filius.* Ex cuius tamen opinione æstimanda sunt hæc omnia, cùm solius Prætoris sit actiones dare vel denegare *dict. l. necessariis 57. De acquir. hered.* Et hic certè totius huius difficultatis modus est, quem explicare ac dissoluere difficile esset adeò que impossibile iis, qui nescirent, quod nos iam alio loco primi docuimus, Quod dicitur suum heredem qui se abstinuit, non haberi à Prætore heredis loco, non vsquequaque & generaliter verum esse. Sed hactenus duntaxat vt nullum ex iure sui heredis siue commodum, siue incommodum penes filium remanere debeat, Ita vt neque danda ei sit actio vlla contra debitores hereditarios, neque similiter contra eum vlla creditoribus hereditariis, quomodo apertè scriptum est *in dict. l. necessariis.* Cæterùm extra hanc causam non solùm remanet filius heres iure ciuili etiam post abstentionem, sed etiam habetur pro herede apud Prætorem, & in effectu, quod ad reliqua omnia. Ergo etiam quod ad hoc vt maneat dominus, & tradendo rem aliquam ex bonis paternis transferat dominium, Scilicet si alius nemo sit ad quem bona paterna per sui heredis abstentionem peruenerint. Possent enim peruenire ad coheredem, vel ad substitutum si quis esset, vt *in l. ex contractu 45. D. de re iudic. l. si duo 38. l. cùm hereditate 55. De acquir. hered.* Et quidem ad coheredem etiam inuitum nisi in casu *d. l. cum hereditate & l. si minor 61. eod.* Ad substitutum verò ita demùm si velit hereditatem ex substitutione acquirere, vt *in l. paterfamilias 28 De reb. author. iudic. possid. aliàs l. 13. De priuil. credit.* Nec enim verendum est vt eiusdem rei dominium hoc casu sit penes duos in solidum contra iuris communis regulas *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum D. commod. l. de hereditate 19. §. paterfamilias D. de castr. pec. l. quod contra 141. §. vni duo De regul. iur.* Nempe penes suum heredem quem dicimus etiam post abstentionem manere & heredem & dominum, Itémque penes coheredem aut substitutum ad quem ponimus bona paterna per abstentionem filij peruenisse. Nam erunt equidem duo domini, at non eodem dominij genere, Nimirum erit suus heres qui se abstinuit dominus iure Quiritium, & vt veteres loquebantur dominus quiritiarius, Coheres verò aut substitutus erunt domini bonitarij, quoniam bona paterna in bonis suis habebunt. Quod non esse nouum docet Vlpianus noster in Fragmentis *Tit. 19. De acquisit. rer.* & constat satis *ex l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. 3. D. si vsusfr. petet. l. 2. § vltim. si ex noxal. caus. agat l. si finita 15. §. Iulianus scribit D. de damn. infect. l. facta 63. in princip. D. ad SC. Trebell.* Non ideò tamen erunt duo heredes in solidum quod fieri certè numquam potest *dict. l. quod contra §. vni duo De regul. iur.* Nec enim sicuti dominus ita heres bonitarius quisquam est, & heredem qui dicit, semper dominum quiritiarium intelligit, numquam bonitarium. Ex quo fit vt post restitutam ex causa fideicommissi ab herede rogato hereditatem, heres tamen solus maneat ille qui restituit hereditatem *§. restituta Instit. de fideic. hered.* Is verò cui restituta est, dominus sit duntaxat bonitarius, quia post restitutionem statim res omnes in bonis suis habere incipit, priùs etiam quàm corporalem earum possessionem nactus sit *dict. l. facta.* Quòd si neque coheres neque substitutus quisquam datus sit suo heredi, qui se abstinuit, aut si datus quidem sit aliquis, sed qui inuitus onera paternæ hereditatis suscipere non cogatur, vt in specie *dict. l. cùm hereditate 55. & dict. l. si minor 61. De acquir. hered.* solent quidem

bona

bona patris venire vt satisfiat creditoribus, vt *in dict. l. paterfamilias*, aut etiam à creditoribus ipsis possideri, & fieri sub creditoribus, vt loquitur Iulianus *in l. quoties. 44. De acquir. hered.* Sed tamen aliquando accidit vt nec ad creditores defuncti patris bona perueniant, Vt puta si quod plerunque accidit filius ipse qui se abstinuit creditor sit anterior cæteris omnibus aut ex causa fideicommissi alicuius auiti aut quod est frequentius pro dote materna quæ semper hypothecam habet anteriorem, tùm saltem cùm dotalis cōtractus est antiquior aut cùm cæteri creditores chirographarij tantùm sunt vel non nisi tacitam hypothecam habent, secundum eam interpretationem quam nostri adferunt *ad leg. assiduus 12. Cod. qui potior. in pignor. hab.* Quo casu frustrà & stultè creditores vrgerent bonorum paternorum venditionem ex qua nullum sperare commodum possent, multorum verò sumptuum iacturam damnúmque incurrere. Meliùs itaque faciunt si se sumptibus non vexent inanibus cùm obtinendi quicquam & consequendi spem non habeant, Ex consilio Vlpiani *in l. x. D. de inoff. testam.* Nam neque fisco bona vacantia hoc casu deferuntur si ex iis fisco nihil acquiri possit *l. 1. §. an bona* iunct. *l. non possunt 11. D. de iur. fisc.* Cùm igitur neque ad sui heredis coheredem siue suum siue extraneum, neque ad substitutum, neque ad creditores paternos bona defuncti patris peruenerunt, Quid vetat, obsecro, quominus ex venditione & traditione fundi paterni quam suus heres etiam post abstentionem fecerit, dominium in emptorem transferatur? Nec tantùm illud quod quiritiarium diximus & quod vnicum penes suum heredem remanet, alio domino bonitario existente, Sed quod plenum sit non nudum. Toties enim dominium quiritiarium nudum est, quoties separatum est à bonitario, quod penes alium quempiam reperiatur, quia omnes dominij vtilitates & effectus penes eum resident qui bonitarius est, & rem in bonis habet, Cùm rem in bonis habere is demùm dicatur, qui si possideat exceptionem habere possit ad rem retinendam, si amiserit, etiam actionem ad rem recuperandam *l. rem in bonis 52. D. de acquir. rer. domin.* Dicitúrque hoc casu nudum ius dominij quiritiarij esse penes dominum quiritiarium *l. vnic. Cod. de nud. iur. Quiritiar. tollend.* At cùm nullus est dominus bonitarius, fieri nequit vt quisquis dominus est quiritiarius, non sit dominus pleno iure & in effectu cùm ius ipsius nullius personæ alterius iure aut participatione debilitetur. Et quemadmodum dicimus, Vsumfructum quem nostri formalem vulgò vocant constitui per separationem, & abstractionem à proprietate, ita vt si separatio nulla fiat proprietatem plenam esse ac manere necesse sit. Ita & de dominio bonitario dicendum est non posse illud constitui nisi per abstractionem & separationem à quiritiario, quod ex Quiritium iure verum & vnicum dominium est, Ac proinde si separatio hæc facta non sit. Consequens est nō vt dominus quiritiarius sit etiam bonitarius, [nec enim magis fieri potest vt in vnam eandémque personam vtrumque ius duplicis huius dominij concurrat bonitarij & quiritiarij, quàm vt idem sit proprietarius & vsufructuarius *l. vsusfr. uti 5. D. si vsusfr. pet. l. quod nostrum 63. D. de vsufr.*] sed vt quisquis est dominus quiritiarius sit dominus vnicus, & pleno iure. Atqui suus heres qui se abstinuit, cùm remaneat verè heres & quidem solus, remanet etiam dominus saltem quiritiarius. Ergo & solus & pleno iure, & consequenter cum effectu, nullo alio domino bonitario existente. Quidni ergo si fundum paternum vendiderit & tradiderit, dicetur verè transtulisse dominium quod ille solus habuit,

& pleno iure, adeóque cuius controuersiam ab alio pati nullam potuerit? Planè si bona per abstentionem sui heredis aut ad coheredes, aut ad substitutum, aut ad creditores peruenissent, defendi posset non fuisse translatum dominium nisi quiritiarium in emptorem cùm nō plus iuris trāsferre dominus quiritiarius in alium potuerit quàm ipse habuerit *d.l.traditio & l.nemo plus iuris* 54. *De regul.iur.* Hoc autem casu suus heres qui post abstentionem fundum paternum vendidisset ac tradidisset non nisi nudum ius dominij quiritiarij habuisset, manente bonitario penes eos ad quos bona peruenissent. Et consequenter laudimia deberi ex eiusmodi venditione ac traditione nulla possent, cùm non debeantur, nisi ob translationem dominij quod omnes habeat secúmque adferat dominij vtilitates: quódque ob eam causam ab interpretibus nostris nouo licèt ac prudentibus nostris inusitato nomine, dominium vtile appellatur. Tota autem bonorum quibus abstinuit suus heres vtilitas ad eos pertinet ad quos per abstentionem bona peruenerunt, licèt hereditas ipsa ad eos non peruenerit *d.l. ex contractu* 44. *De re iudic.* quæ appositè & eleganter bona separat ab hereditate iis verbis *& ita bona defuncti ad substitutos vel coheredes peruenerunt.* Porrò vbi semel dominium bonitarium ad alios pertinere cœpit, fieri nulla ratione potest vt filius tanquam heres & dominus tantùm Quiritiarius eorum ius possit lædere vel diminuere *l.si ego* 9.*§.si res D.de iur.dot.* iunct. *l.id quod nostrum* 11.*l.non debet alteri* 74.*de regul.iur.* Sed nullo dato domino bonitario, qui casus est quem nos tractamus, nihil planè est quod impediat quominus ex venditione & traditione rei paternæ facta per filium qui se abstinuit, dominium transferatur cùm facta sit per eum qui solus heres fuit, nec tantùm nudo nomine sed pleno iure, cùm nemo alius sit qui rem illam hoc casu possit vel vindicare, vel euincere. Quomodo dicimus videri licere emptori rem habere si is qui emptorem in euictione rei iam vicerat, ante ablatam, vel abductam rem sine herede decesserit, & sine successore, ita vt neque ad fiscum bona perueniant, neque priuatim à creditoribus possint distrahi. Adeò vt nulla emptori competat hoc casu actio ex stipulatu, quamuis iam condemnato, quia rem habere ei licet *l.habere* 57.*in princip.D.de euict.* Et verò ad quid bonum esset dicere, impediri hoc casu translationem dominij cùm nemo sit qui dominium illud velit vindicare? *arg.l.si post mortem* 10.*§.liberi De bonor.poss.contr.tab.* Quàm verum autem sit quod dicimus, Suum heredem qui se abstinuit heredis loco haberi etiam apud Prætorem, quod ad cætera omnia nisi quod ad hoc vt ex paterna hereditate quam omisit neque commodum, neque incommodum vllum sentire possit, Iam nos alio loco comprobauimus, duabus potissimùm iisque efficacissimis rationibus. Quarum vna illa est quod per nudam sui heredis existentiam vt interpretes loquuntur pupillares tabulæ confirmantur *dict.l.paterfamilias* 27. *de reb.author.iudic.possid.* aliàs *l.*13. *De priuileg.credit.* quod vtique non ita esset, nec daret Prætor substituto pupillari aut in eum actiones si non haberet testamentum patris pro confirmato, etiam post sui heredis abstentionem. Cùm necesse sit pupillares tabulas corruere si nemo sit qui paternum testamentum sustineat *l.*2.*§.quisquis l.sed si plures* 10.*§.si ex asse.De vulg.& pupill.substit.* Altera ratio est quòd si suus heres rogatus sit de restituenda alteri hereditate, & suspectam dicat hereditatem, malítque abstinere se, quàm immiscere, nō cogitur per Prætorem vt se immisceat, & sic deinde restituat quomodo cæteri heredes etiam necessarij coguntur qui non sunt sui *l.*4.*l.recusare* 6. *§. hoc Senatusconsultum* [inde namque inchoandus est §.] *D. ad SC. Trebell.* Sed iubet Prætor

rectà

rectà eum hereditatem restituere, nulla præcedente immistione. Nec eò minùs transferuntur in fideicommissarium actiones ex Trebelliano quæ filio se immiscenti competiissent, vt disertè scriptum est *in l. ita tamen* 27. *§. si pater* 3. *eod. tit.* Quod certè falsum esset, nullúmque iuris colorem haberet, si suus heres etiam qui se abstinet, non haberetur à Prætore loco heredis in effectu, quantum ad transferendas actiones in fideicommissarium. Quia nimirum nullum in eo versatur commodum aut incommodum filij qui translatis actionibus non eò magis aut conuenire debitores hereditarios aut à creditoribus hereditariis cõueniri possit, sed tantò iustiùs exceptione restitutæ hereditatis, & adiuuari debeat si conueniatur, vel summoueri si ipse agat. Exemplo cæterorum heredum qui post aditam restitutámque hereditatem vel agunt, vel conueniuntur *d. l. ita tamen §. qui ex Trebelliano.*

ERROR TERTIVS.

De laudimio ex alienatione necessaria petito.

CVM de laudimiis quæritur quæ numquam nisi propter alienationem debentur, solent nostri passim distinguere alienationem voluntariam à necessaria, vt ex ea demùm debeantur quæ voluntaria sit nõ ex ea quę necessaria. Sic enim Amedeus à Ponte *quæst.* 26. post Iason. *ad l. fin. nu.* 48. *C. de iur. emphyt.* & Andr. Tiraq. *De retract. gentilit. §.* 29. *glos.* 1. *nu.* 4. *& glos.* 2. *in princ. & §.* 1. *glos.* 14. *nu.* 18. *& seq. & nu.* 109. Crauet. *cons.* 215. *& in cons. pro genero Num.* 290. Ex *l. Cæsar* 15. *D. de public. & vectiga. & Auth. nauigia C. de furt. & seru. corrupt.* Necessariam verò alienationem eam esse interpretantur, quæ fiat authoritate iudiciaria & cum decreto iudicis. Idem Amed. *qu.* 27. post eundem Ias. *ad d. l. vlt. nu.* 113. Alex. *cons.* 52. *vol.* 1. Et rationem huius conclusionis illam adferunt quòd quoties fit alienatio necessaria non sit requirendus consensus domini, cùm necessitas semper faciat licitum quod alioquin esset illicitum. Nec enim necessitati lex dicitur, sed voluntati & potestati. Et consequenter, inquiunt, nullũ ex eiusmodi alienatione debetur laudimium, quod nõ nisi propter consensum in alienatione præstitum deberi domino solet. At verò iam nos in superioribus docuimus, Non tam propter huiusmodi cõsensum deberi laudimium quàm propter inuestituram & dominij translationem quæ fit in nouum possessorem: Consensum autem etiam olim non alia de causa exigi solitum quàm ne res in commissum caderet, si domino irrequisito alienata esset *d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* non autem vt eò magis minúsve laudimium debeatur. Alioqui dicendum esset si emphyteuta consensum hunc ad alienandum exegisset à domino, eúmque dominus præstitisset, statim locum fore petitioni laudimij, nulla etiam postmodum secuta alienatione: quod tamen absurdum esset dicere. Sed & cùm hodie apud nos ius hoc abrogatum sit de consensu domini requirendo, redactis hac parte feudis & emphyteusibus omnibus ad instar allodiorũ, Sequeretur nulla hodie laudimia deberi dominis si dũtaxat ratione præstiti consensus deberentur: quæ tamen constat non minùs quàm olim deberi secuta quandocunque etiam ignorante domino translatione dominij. Nihil ergo interest ad laudimiorum obligationem & præstationem inducẽdam vtrum voluntariæ sint alienationes an necessariæ, cùm alienandi necessitas non solùm

non impedit translationem dominij, sed tantò fortiùs eam prouocet & inducat. Scio esse distinctionem istam in plerisque aliis partibus iuris necessariam vt putà si quæratur, An is contra quem instituta est petitio hereditatis possit interim alienare res hereditarias *l. Diuus* 5. *D. de hered. petit.* aut ille ex coheredibus cum quo acceptum est iudicium familiæ erciscundæ *l. alienationes* 13. *D. famil. ercisc.* aut is qui à Prætore impetrauit tempus ad deliberandum *l. ait Prætor* 7. *§. vlt. D. de iur. delib.* aut qui prohibitus est à testatore quicquam alienare extra familiam, vt *in l. filiusfamilias* 114. *§. Diui* 2. *De legat.* 1. Sed cùm de laudimiis disputatur, nego quicquam interesse, an voluntaria sit alienatio, an necessaria. Quid enim refert domini an vasallus, aut emphyteuta vltrò alienet rem feudalem vel emphyteuticam, an verò ex necessitate? Poterat olim ea distinctio esse necessaria cùm de commisso quærebatur ob factam alienationem irrequisito domino, at non etiam cùm de laudimio tractabatur, Cuius scilicet causa nihil habet commune cum causa commissi, à qua distat vsqueadeò vt incompatibile sit eodem casu & commisso locum esse & laudimio, Nisi quod & commissum & laudimium ab eadem causa & ratione dependet, iuris scilicet feudalis vel emphyteutici. Rursum quid obsecro interest, an emphyteuta ipse rem suam vltrò alienet, An verò iudex in executione iudicati vt satisfiat victori cui emphyteuta fuerit condemnatus? Tritum enim est quod sæpius monuimus factum iudicis esse factum partis, & ab ipso emphyteuta videri venditum quod in eius odium & inuito eo venditum est à iudice iudicatum exequente. Ex *l.* 1. *C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Vnde est quòd si res illa in executione iudicati vendita postmodùm euincatur, actio de euictione non contra iudicem qui vendidit, danda est, neque contra creditorem cui soluta fuit pecunia, sed contra debitorem condemnatum cui ea solutio proficit, quique ex ea solutione liberatus est *l. si ob causam* 13. *Cod. de euiction.* Et verò si alienandi necessitas excusaret acquisitorem à laudimij præstatione, Consequens esset numquam futurum apud nos vt ex rei feudalis venditione laudimium vllum deberetur, Cùm vt benè Amedeus quoque obseruauit, ex antiquis Principum nostrorum decretis & statutis prohibita districtè sit omnis feudorum alienatio nisi quæ facta sit non modò ex subsistente causa necessaria, sed etiam non extantibus bonis allodialibus ex quorum alienatione satisfieri potuerit necessitati. Quod non tantùm habere locum debet si res feudalis à vasallo ipso vendita sit, sed etsi à iudice iudicatum exequente vt creditori satisfaciat. Alioqui facilè inuenta erit ratio fraudandi statuti, & feudi quoque alienandi etiam extantibus bonis allodialibus si sufficiat iudicis authoritate fieri alienationem. Quomodo licèt in specie dissimili argumentatur Vlpianus *in l. magis puto* 5. *§. si pupillus D. de reb. eor. qui sub tutel.* Semper enim patietur vasallus se condemnari vt in bona etiam feudalia iudicati executio fieri possit. Nec sanè inter hos casus quicquam interest nisi quòd interueniente iudicis authoritate vendit vasallus feudum inuitus quod alioqui fortassis non venderet volens. Iudicium namque in inuitum redditur *l. inter stipulantem* 83. *§.* 1. *D. de verbor. obligat.* Quis verò ferat vt in iudicis potiùs quàm in emphyteutæ, aut vasalli potestate sit ius domini lædere, aut diminuere, siue quod ad feudi alienationem pertinet, siue quod ad impediendam laudimiorum obligationem. Quid enim aliud hoc esset, quàm inde nasci occasionem iniuriæ vnde iura proficisci debeant? Contra *l. meminerint* 6. *Cod. vnde vi.* Aut quid verius, quàm quod vulgò iactari solet, Iuris

Iuris executionem iniuriam habere non debere *l. iniuriarum 13. §. 1. D. de iniur.* Quod & ante nos bene obseruauit Baldus *consil. 306. incip. verba inuestitura volum. 1.* & post eum Andr. Tiraquell. *De retr. gentilit. ad §. 1. gloss. 14. numer. 14.* Vbi addit ille aliam rationem, quòd tùm quoque cùm ex causa & necessitate vrgentis æris alieni fit venditio necessaria, contrahendi tamen æris alieni causa vt plurimùm est voluntaria cùm nemo nisi volens æri alieno se obstringat *l. qui in aliena 6. in princip. D. de acquirend. hered.* Vnde fiebat olim ex lege 12. tabul. vt qui ingens æs alienum contraxerat cui ex soluendo par non esset, creditoribus suis mancipare tur in partes & frusta discerpendus, quòd posset ei imputari cur se vltrò in eam necessitatem coniecisset, quamuis testetur A. Gellius ad terrorem potiùs quàm ad vsum eam legem fuisse conscriptam, nec vnquam obseruatam: Neque lex distinguebat, an ex causa necessaria contractum esset æs alienum, an ex voluntaria, quoniam tùm quoque cùm eius contrahendi necessitas subest, ex voluntate tamen contrahitur, quia hoc maluisse videtur, vt *in l. si patre cogente 22. D. de rit. nupt. l. si mulier 21. §. vltim. D. quod met. caus.* nec vnquam parcendum est ei qui se vltrò in necessitatem coniecit, quam præuidendo & prouidendo anteuertere ac impedire potuerit *l. 2. §. si quis tamen D. si quis caution.* Vniuscuiusque enim rei causa & origo semper spectanda est, tanquam à qua totius negotij effectus, & euentus pendeat *l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat. l. si filiusfamilias 18. D. ad Senatusc. Maced. l. 1. §. si seruus depositus D. depos.* Vix itaque alienatio vlla inueniri poterit tam necessaria cui non aliquod voluntarium alienantis factum causam dederit. Qua ratione dicimus, Prohibita generaliter alienatione, siue legis, siue testatoris prohibitio sit, siue etiam per contractum facta prohibitam censeri pignoris quoque dationem *l. vltim. Cod. de reb. alien. non alienand.* quia licèt certum sit per traditionem pignoris nullam fieri alienationem, Cùm alienatio non fit nisi cùm transfertur dominium *l. 1. Cod. de fund. dotal.* quod porrò numquam transfertur ex causa pignoris *l. pignoris 13. D. de vsucap. l. 1. §. cùm prædium & pass. D. de pignor.* tamen per mediam causam pignoris tandem ad alienationem peruenitur, cùm sit pignus inutile, quod vendi non potest vt ex eius precio satisfiat creditori *l. 4. D. de pignor. act. l. mulier 11. & tot. tit. Cod. de distract. pignor.* Sed etsi poneres aliquam ab initio fuisse caussam necessariam contrahendi æris alieni, vt facias alienationem omnino necessariam initio quoque inspecto, Numquam tamen facies vt non sit voluntaria acquisitio ex parte emptoris cùm nec emere, nec alio titulo acquirere quisquam cogatur *l. nec emere 16. Cod. de iur. delib.* Contractus enim omnes licèt ex postfacto sint necessitatis, ab initio tamen sunt voluntatis, maximè verò ex parte acquisitoris *l. sicut 5. Cod. de oblig at. & action.* Nam neque lex vnquam acquirit inuito, licèt acquirendi ius & facultatem, plerunque inuito deferat, vt in hereditatibus & legatis cernere est *leg. et qui 13. D. de condic. institut. l. 4. & pass. D. de acquiren. hered.* Et duo ferè tantùm casus sunt in quibus acquiritur inuito, Scilicet ex stipulatione serui etiam vetante domino stipulantis *l. seruus vetante 62. De verbor. obligat. l. etiam inuitis 32. De acquir. rer. domin.* Et per solutionem ab alio factam nostro nomine aut quod effectu idem est si alius pro nobis etiam inuitis iudicium accipiat *l. soluendo 39. D. de negot. gest. leg. solutione 23. D. de solut.* Atqui laudimium quod ex alienatione debetur domino, non debetur à venditore quem fingimus omnino necessariam vendendi causam habuisse, sed ab emptore qui semper voluntarius

est, tùm quoque cùm affectio vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quòd illic educatus sit, vel parentes sepulti, aut quid aliud simile pellicit emptorem ad emendum, vt *in l.1.§.& aliàs videamus D.si quid in fraud.patron.* Inuitant enim ista & alliciunt, non cogunt. Nulla igitur ratio est propter quam dicendum sit, Ex venditione quantumuis necessaria laudimium domino non deberi ab emptore cuius est non venditoris laudimium soluere, & qui nullam acquirendi necessitatem potest obtendere.

ERROR QVARTVS.

Si laudimium ex diuisione inter coheredes vel alios condiuisores facta petatur.

DISTINCTIO illa interpretum quæ superiore capite à nobis relata & refutata est circa feudales & emphyteuticarias alienationes, an voluntariæ sint, an necessariæ, sicuti & erronea & communiter adprobata est, ita plerisque & quæstionibus & erroribus causam dedit. Ac primùm in quæstione illa quam plerique proponunt, Vtrum ex diuisionis contractu laudimium aliquod debeatur. Nec enim desunt qui putent deberi, Ex ratione illa quòd diuisio quælibet speciem quandam alienationis in se contineat cùm faciat vt vnusquisque ex condiuisoribus partis suæ fiat dominus in solidum cuius non erat anteà nisi pro parte, Vnde fit vt si duorū pupillorum communia sint aliqua prędia neuter eorum possit alterum ad diuisionem prouocare, adeóque nec eorum tutores, Non alia de causa quàm quòd omnis alienatio sit iis interdicta *l. si pupillorum 7. D. de reb.eor.qui sub tutel.* Nam & diuisionem prædiorum vicem emptionis obtinere dicimus *l.1.C.commun.vtr.iudic.* Cur non ergo, inquiunt ex diuisione perinde atque ex venditione, & alia qualibet alienatione laudimia debebuntur? Etsi verò receptissima in contrarium sententia est interpretum eáque verissima, Ex diuisione laudimia nulla deberi, vt testatur Amedeus à Ponte *quæst.laudim.*25. post Bart. Bald. Castr. & alios *in l.& ideò D.de condict.furt.* Illi tamen ipsi qui verè sentiunt falsis rationibus mouentur, nec ad contrariæ opinionis rationem benè respondent. Mouētur enim quòd & emphyteusis & feudum possit diuidi sine consensu domini & eo irrequisito. Ex not. *in cap.1.§.præterea Ducatus De prohib.feud.alien.* per Feder. & per Alex. *cons.*180. *num.*3. *vol.*1. Brun. *cons.*173. *col.*4. vbi addit non tantùm ignorante & irrequisito domino posse hanc diuisionem fieri sed eo quoque inuito Ias. *in l.fin. num.*48 *C.de iur.emphyt.* Item quòd diuisio non sit propriè alienatio ex Nou.112. *De litigios.in princ.* Aut si alienatio est, portio tamen vnius succedat loco alterius. Deniq; quòd vt maximè alienatio sit, necessaria tamen est, cùm nemo inuitus in communione remanere cogatur *l. vlt.C.comm.diuid.* nō magis quàm incidere in cōmunionē *l.si non sortè* 26.*§.si centum D.de cond.indeb.* propter discordias quas materia cōmunionis excitare solet *l.cùm pater* 77. *§.dulcissimis De leg.*2.*l.in re communi* 26. *D.vrba.præd.* Atqui iā suprà ostēdimus, Quoties quæritur an ex alienatione aliqua laudimiū debeatur, non illud inspiciendum esse, an fieri possit sine cōsensu domini, quæ inspectio eò tantùm pertinet ne possit videri res in commissum cecidisse ob id solùm quod vasallus vel emphyteuta irrequisito domino rem

alienauer-

alienauerit. Sed hoc duntaxat, Vtrum dominium rei feudalis vel emphyteuticæ translatum sit in nouum possessorem, quod certè per diuisionem quamlibet contingit. Ideóque nec negari potest, quod aduersarij obiiciunt, Diuisionem esse alienationem, cùm alienatio sit omnis actus per quem dominium transfertur *l.1.Cod.de fund.dotal.l.alienationis 28.De verbor.signific.* Neque verò contra scriptum est *in dict. Nouell. 112. De litigios. cap.1.* Sed hoc tantùm quod nemo negauerit, Cùm res litigiosæ ad plures eiusdem possessoris heredes perueniunt, non esse prohibitam inter eos ipsarum diuisionem, Quasi inter eos rei litigiosæ alienatio facta dici possit. In quo tamen ratio dubitandi alia non erat, quàm quòd diuisio sine alienatione fieri non possit: Sed decidendi hæc fuit, quòd diuisio rei litigiosæ non possit videri alienatio rei litigiosæ cùm per eam non mutentur personæ possessorum. Ideò namque duntaxat prohibita est rei litigiosæ alienatio ne facto & dolo possessoris nouus actori obiiciatur aduersarius, quæ res non fit sine damno & incommodo magno actoris, tùm quoque cùm nec in potentiorem facta est alienatio, nec iudicij mutandi causa, vt *in Tit.Cod.ne lic.potent.& Tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* Cæterùm inter coheredes ipsos diuisio fieri non potest quin fiat alienatio, id est quin alter in alterum partem suam alienet, quam in re communi habebat. Neque bona nostrorum responsio illa est quam adferunt ex Paulo Castrensi *in l.eum hi 8 §.si vni D.de transact.* quòd in diuisione portio vnius succedat in locum alterius. Non enim ideò minus verum est partem quæ erat vnius factam esse partē alterius, quod sufficit vt alienatio verè facta dici possit. Alioqui nulla ratio est prohibendæ diuisionis inter pupillos eorúmve tutores cùm non sit pauperior pupillus qui partē suam diuisam habet quæ anteà erat indiuisa. Quod verò iidem nostri addunt, Diuisionē esse alienationem necessariam, minùs ad rē pertinet, Cùm sicut nemo inuitus manere in cōmunione cogitur, vt dixim', Ita neq; ad diuisionē sociū prouocare quisquam cogatur. Nulla igitur necessitas subest faciendæ diuisionis saltē ex parte prouocantis. Qua de causa sunt qui distinguant inter prouocantē & prouocatū, Vt prouocans ad diuisionem debeat laudimiū quia ex eius parte non fit alienatio necessaria, prouocatus verò nō debeat, q ex eius parte alienatio necessaria fit. Quod tamē ridiculū est. Cùm enim par & æqualis fiat inter diuidentes translatio dominij, dicendū est aut vtrumq; ad laudimij præstationem obligatum esse, aut neutrum: Nec refert vnquam vter prouocauerit nisi cùm de hoc ipso quæritur an prouocandi ius habuerit is qui prouocauit, putà an pupillus aut minor annis vigintiquinq; fuerit, an maior *d.l. si pupillorū.* Quęnam igitur afferri ratio poterit ob quam dicendū sit, Ex diuisione laudimiū nullum deberi? Illa ipsa, ni fallor, propter quā diximus, rei litigiosæ diuisionē non esse interdictam, quamuis verè sit alienatio. Nempe quòd per eiusmodi alienationē licèt mutetur causa dominij, attamen neq; mutantur personæ possessorum, neq; pristinū dominium noui accessione vlla ex parte augetur, sed tantùm partes quæ anteà non nisi iuris intellectu consistebant, diuisione corporis consistere incipiunt, vt Papinianus loquitur *in l.Manius 66.§.duorum de legat.2.* Porrò mutatio possessoris sola illa est quæ laudimij obligationē inducit, vt hoc cōmodum habeat dominus pro eo incōmodo quod sentit, hoc ipso quo alium possessorem ac emphyteutā admittere cogitur, & quidem etiam inuitus, hodie. Cur ergo ex diuisione siue inter coheredes, siue condiuisores facta laudimium debeatur, cùm iidem prorsus sint domini & possessores qui erāt anteà, adeoque pro iisdem dominij partibus? Differentia enim tantùm illa est,

quòd ante diuisionem possidebant singuli rē totam & quidē iure dominij, sed pro sua quisq; parte indiuisa: Post diuisionem verò regionibus factam, cœpit vnusquisq; habere partem suam & dominij & possessionis ab altera diuisam ac separatam. Deniq; facit diuisio vt vnusquisq; condiuisorum, licèt nō minorem tamen minùs latè patentem habeat portionē in re communi quàm quæ ad eum anteà pertinebat. Cùm igitur nihil noui acquirat, causa nulla est cur ad laudimij præstationem obligetur. Quandoquidem in nullo facit condicionem suam meliorem nisi quòd socium ampliùs nullum habet ac proinde liberiorem de sua parte disponendi potestatem nactus est, cùm anteà prohiberi posset per socium ne quid eo inuito faceret in re communi *l. Sabinus* 28. *D. commun. diuid.* Illa etiam ratio mihi accommodatissima videtur, nec minùs vera & germana, quam tamen ex interpretibus nemo adducit, quòd quæ dominij trāslatio fit per diuisionem non tam fit potestate traditionis aut aliquo facto condiuisorum, quàm authoritate legis 12. tab. id est per adiudicationem ab arbitro factam qui vnus est ex modis sex acquirendi iure Quiritium dominij à traditione distinctus & separatus, Nec minùs efficax quàm sit traditio facta ex iusta causa præcedente, aut sæpius iam à nobis suprà dictum est ex Vlpiano *Tit.*19. *De acquisit. rer.* & Iustiniano *in §. vlt. Instit. de offic. iudic.* Atqui non debetur laudimium ex qualibet translatione dominij, sed ex ea tantùm, quæ fiat per traditionē, & facto ac voluntate alienantis, atque ita debet accipi quod scriptum est *in d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* Alioqui dicendum esset, Etiam ex acquisitione hereditatis aut legati per quam dominium acquiritur heredi aut legatario laudimium soluendum esse: quod tamen nemo verè vnquam dixit, quia licèt in ea acquisitione factum aliquod legatarij vel heredis interuenire necesse sit, ad declarandam voluntatem extra causam suorum vel necessariorum heredum, lex tamen illa est quæ dominium quod fuit defuncti transfert rectà via in heredem & legatarium nulla interposita persona, nulláque possessionis adprehensione *l. 2. D. de publician, in rem action. l. cùm heredes* 23. *D. de acquir. possess. leg. cùm pater* 77. *§. surdo l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. à Titio* 64. *ad fin. D. de furt.* Nec ad rem pertinet si quis subtilior obiiciat, Legem non minùs esse proprium modum transferendi iure Quiritium dominij à traditione distinctum ac separatum quàm sit adiudicatio, ac proinde non esse potestati legis tribuendum quod fiat vi & potestate adiudicationis, non magis quàm quod fiat vi & potestate traditionis. Cùm in cæteris omnibus modis per quos dominium ex iure Quiritium transfertur, legis quoq; auxilium necessarium sit, tāquam quæ ipsa existat domina & regina omnium rerum quæ sunt in republica *l. 2. D. de legib.* Nā illud quidē verum est, tùm dici dominium transferri per legem, cùm persona nulla interuenit ad illud transferendum, vt accidit in hereditate & legato. Interuenit enim voluntas heredis aut legatarij non ad transferendū dominium sed ad acquirendum, Ne scilicet acquiratur hereditas aut legatum inuito: At in adiudicatione præter potestatem legis interuenit etiam factū iudicis adiudicationem facientis, ideóq; nimirum constituit adiudicatio distinctum & separatum à lege modum transferendi dominij, sed qui tamen legis potiùs quàm hominis factum & potestatem habet prò causa. Iudex enim & arbiter diuisorius siue in iudicio Familiæ ercifcundæ, siue in iudicio Communi diuidundo datus sit, non hominis factum supplet, id est condiuisorū sed legis duodecim tabularū quæ duo illa iudicia induxit, ne quis inuitus in cōmunione manere cogeretur, quòd ea res maximè ad publicā vtilitatem pertinere videretur, cuius potissimùm interest, nullam si

lam si fieri posset, inter ciues relinqui materiam litium & discordiarum, quę tamen ex communione non infrequentes nascuntur. Supplet aliquando lex & repræsentat factum hominis, vt cùm seruum qui intra certum tempus manumitti debuit si non sit manumissus habet pro manumisso, vt *in l.2.l.vlt.C.si mancip.ita fuer.alien.l.3.D.qui sine manum.ad libert.peruen.l.sed si 10.D.de in ius voc.* aut cõsensum qui præstari debuit, pro præstito, vt *in l.si ego 9.§.si res D.de iur.dot.* si tamē is locus Triboniani nō est potiùs quàm Vlpiani, vt alio loco monuimus. Aut deniq; traditionem pro facta, vt *in l.eius rei 46.cum seq.D.de rei vindic.* Sed interdum etiam accidit vt homo suppleat factum, vt ita dicam & potestatem legis, Vt euenit in adiudicatione quæ fit per arbitrum Familiæ erciscundę & Cõmuni diuidundo, quia cùm adiudicatio nulla fieri possit aut debeat, nisi præcedente & interueniente arbitrio, [quod quoniam ex facti circumstantiis pendet semper incertum est, ideóque per legem fieri numquam potest,] cogitur lex ob eam causam factum arbitri requirere & implorare, vt quod lex ipsa facere non potest, faceret tamen si posset, arbiter faciat, authoritate tamen legis quoq; interueniente sine qua nullum certè ius habere posset arbiter transferendi in vnū ex condiuisoribus dominium quod esset alterius, & quod ipse non haberet. Vnde fit vt extra hunc casum adiudicationis faciendæ per iudicem in tribus illis iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum de quibus solis agitur *in d.§.vlt.Inst.de offic.iud.* numquam verum esse possit, quod volunt interpretes, Ex sententia iudicis, dominium ipso iure transferri, vt hac ipsa Decade ostendemus.

ERROR QVINTVS.

De diuisione per licitationem facta.

QVÆ proximo capite diximus ostendunt quàm imperitè faciant interpretes nostri, cùm in illa quæstione, An ex diuisione laudimia debeantur distinguunt diuisionem ab adiudicatione. Sic enim ratiocinantur, vt ex diuisione laudimium minimè debeatur, At ex adiudicatione debeatur. Ideò, inquiunt, quòd diuisio sit alienatio necessaria, At non sit necessaria adiudicatio. Ita Gabriel. *cons.* 84. *numer.* 4. *&* 16. quem refert & sequitur Amedeus à Ponte *quæst.* 25. vbi ex hoc infert, si adiudicatio non sit voluntaria sed necessaria, vt puta in re quæ commodam diuisionem non patiatur, laudimium ex ea adiudicatione nullum deberi ab eo cui adiudicata sit res indiuidua, & qui ex licitatione partem condiuisoris emerit, vt *in l.ad officium 3.Cod.commun. diuid.* quòd hoc casu necessaria adiudicatio sit. Quomodò à Senatu Parisiensi iudicatum fuisse idem refert *quæst.26. in fin.* post Ioannem Paponium in syntagmate Arrestorum *lib.13.Tit.2.§.22.* ex Paul.Castr. *cons.144.incip. Dubium videtur facere vol.1.* Ego verò neq; sententiam hanc, neque sententiæ rationem probare possum. Etsi enim cùm diuisio per licitationē fit, necesse est subesse necessitatem aliquam quæ impediat ne aliter diuidi commodè res possit, quoniam licitationis remedium extraordinarium est & habet in se aliquid iniqui *l. nam ad licitationem* 6. *D.famil. erciscund.* Vel ob id

maximè quod per hoc remedium is qui præ inopia fortassis non potest licitatione vincere, partem suam inuitus quodammodo vendere, qui verò vincit, partem socij emere cogitur, contra iuris communis regulas *l. nec emere 16. Cod. de iur. delib. l. sicut 5. Cod. de obli. & action.* Non est tamen bona ratio, vt eò minùs laudimium debeatur, quod necessaria sit alienatio, quemadmodum superiore capite probauimus. At neque verum est magis necessariam esse hanc alienationem quàm quæ in qualibet diuisione fit per adiudicationem sine licitatione: Est enim necessaria ex parte tantùm iudicis, qui aliter facere non potest quàm quod eum facere lex iubet, id est ad diuisionem procedere, Sed non ex parte licitantium, cùm in licitatione nec vincat, nec vincatur, nisi qui aut vinci velit, aut vincere. Quod enim licitari coguntur, parum est, cùm possit licitatio vel ab vno nummo incipere *l. si vsusfructus 66. De iur. dot.* nec sicut licitari ita & vincere quisquam ex condiuisoribus cogatur. Atque ita esse vt diuisio quæ fit per licitationem non eò magis sit alienatio necessaria, ex eo manifestè apparet, quod cùm ad licitationem peruenitur, etiam extraneus ad licitandum admittitur *dict. l. ad officium 3. Cod. commun. diuid.* in postremis illis verbis *nonnunquam ad licitationem etiam extraneo emptore admisso maximè si se non sufficere ad iusta precia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur.* Cui simile est quod *in l. 1. eod. tit.* scribitur in hæc verba *& ea actione aut vniuersum prædium si licitatione viceris, ex soluta socio parte precij obtinebis, aut precij portionem si meliorem alius condicionem obtulerit consequeris.* Non enim dixit, *si meliorem socius condicionem obtulerit*, sed *si alius*, vt intelligamus precij quidem partem non nisi socio qui licitatione victus est præstari posse. Sed eum qui licitatione vicerit, quamuis extraneus sit, totum precium iis debere quibus res communis fuit. Atqui nemo dixerit, admisso ad licitationem extraneo qui vicerit, necessariam esse acquisitionem. Quis enim cogebat eum ad licitationem accedere, tantùmque precium offerre. Nec igitur negari potest obligatum eum esse ad præstandum laudimium: neque, vt puto, hoc quisquam negat, cùm nouus emphyteuta sit is, qui hodie rem feudalem, vel emphyteuticam possidet, nec possit videri ex diuisione rem possidere extraneus qui non fuit ex cōdiuisoribus, quique ex sola licitatione rem habet, quamuis diuisio licitationi causam dederit. Porrò si admittas ex huiusmodi licitatione deberi laudimium ab extraneo. Quæro cur non debeatur etiam ab vno ex cōdiuisoribus, qui in licitatione victor fuerit, siue is condiuisorem solum, siue etiam extraneum vicerit? Quid enim refert domini vter vincat, an vnus ex cōdiuisoribus, an extraneus aliquis? An ob id fortasse minus iuris habet ad petendū laudimiū, quod cōdiuisor non extraneus licitatus sit & vicerit? Quasi verò persona emptoris locū facere debeat laudimio, ac nō potiùs ipsa alienatio. Hoc verò si ita esset, dicendū foret permittendā non esse licitationē rei communis inter cōdiuisores solos ignorāte domino, multóque minùs eo inuito, vt esset in ipsius arbitrio quærere & inuenire emptorē extraneū qui posset licitatione vincere, ne laudimij consequēdi spes ei aufferretur. Quidni enim illi concederemus id quod sine cōdiuisorum dispendio, imò vtriusq; cōpendio futurum esset? *arg. l. in creditore 38. De euict.* At falsum est exigendū esse consensum domini ad licitationē rei communis: Non enim magis exigitur, quàm ad diuisionē sine licitatione faciendā: Neq; verò extraneus hoc casu omnimodo ad licitationē admittendus est etiāsi maximè dominus velit, sed tunc tātùm cùm alter ex condiuisoribus profitetur se non sufficere ad iustum precium offerendum, vt scriptum est *in dict. l. 3. Cod.*
commun.

commun. diuid. Qua de causa non improbabiliter meo iudicio quis dixerit, Postquàm extraneus postulante vno ex condiuisoribus ad licitationem admissus est, non esse ferendum eum qui extraneum admitti petiit, si rursum licitari velit vt vincat extraneum, sed relinquenda licitationis æmulatio est inter alterũ condiuisorem, & extraneum, Nisi quòd cessante victóque extraneo nõ est prohibendus condiuisor qui extraneo admittendo causam dedit, quominùs licitetur adhuc, & condiuisorem vincat, si possit: Cùm vtriusq; condiuisoris intersit crescere precium rei per licitationem, vt tantò plus eorum quisq; pro sua parte ferat. Vtcumque sit, certum est extraneum qui ad rei communis diuidendæ licitationem admissus sit si vicerit laudimium præstare domino debere. Idem igitur & in condiuisore qui per licitationem vicerit, dicendum est, cùm vtroque casu eadem ratio locum habeat, pro domino, quòd is qui per licitationem vicit, verè emptor sit, neque ex diuisionis, sed ex emptionis causa rem possideat. Quòd si ad laudimium impediendum ratio illa esset bona, quam interpretes, adferunt, quòd licitatio, & adiudicatio quæ ex licitatione fit, ex necessitate fiat, eáque alienatio necessaria sit magis quàm voluntaria, Dicendum esset eâdem penitus ratione, Nec laudimium vllum peti posse ex venditione quę facta sit in executione iudicati per iudicem postulante actore qui vicit. Cùm hæc quoque venditio ex vtraque parte tam eius qui vicit quàm qui victus est perinde necessaria videri possit, Non volente eo qui victus est victori satisfacere ac parêre iudicato, Et vicissim non valente eo qui in lite superior fuit, exequi iudicatum nisi captis distractísque pignoribus. Attamen hoc etiam casu laudimia deberi iam suprà diximus & probauimus, eóque iure nos vti nemo est ex pragmaticis nostris qui nesciat. Neque tantùm si extraneus ille sit qui emit, qui casus nullam penitus habet dubitationem cùm ex eius parte emptio sit merè voluntaria, sed etiamsi creditor ipse quo postulante fit executio iudicati. Hoc enim sæpius euenit, vt pro quantitate debiti quæ iusti precij vice oblata sit, victori res addicatur, nullo alio existente emptore qui aut tantundem, aut plus offerat *l. 2. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit* iunct. *l. cùm bona* 16. *De reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 1. De priuileg. credit.* Et tamen multò magis necessaria videri deberet hæc alienatio, Cùm victor idémque creditor qui iudicati executionem vrget, alio nullo emptore existente aut existente quidem, sed minus precium offerente, non solùm ad licitationem admitti possit, sed etiam alterius cuiuslibet emptoris vice & *ex officio* pignus in causa iudicati captum emere debeat, Vt habent verba *dict. l. 2. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Ex quibus inferri posse videtur, esse hanc non modò alienationem, sed etiam acquisitionem necessariam, quòd non possit victor recusare quominùs hanc ipsam viam sequatur quam elegit ad debiti sui solutionem consequendam, vt *in l. si mulier* 21. *§. vltim. D. quod met. caus.* Præsertim ne alioqui maneat inanis & elusoria sententia cuius vigor totus in iudicati executione consistit *l. pen. Cod. de execut. rei iudic.* Aut ne fiant de lite lites, si non in executione iudicati capta pignora omnimodo distrahantur *l. 4. §. ait Prætor l. à Diuo Pio* 15. *§. si pignora & pass. D. de re iudic.* Neque tamen quod hæc & alienatio & acquisitio necessaria sit, facere potest vt eo minùs laudimium debeatur, siue extraneus emerit, siue ipse creditor, quia emit, ex officio quidem, id est vt ego interpretor ex necessitate, sed vice tamen extranei emptoris. Ergo & laudimium debet quisquis rem communem quæ diuidi commodè non poterat per licitationem emit, non magis si sit ille vnus ex condiuisoribus, quàm si extraneus.

Nulla namque inter hos casus differentia est, Nisi quòd cùm rei communis licitatio pro diuisione fit extraneus non nisi ex necessitate ad licitationem admittēdus est, & ita demùm si vnus ex condiuisoribus diffidens suis facultatibus extranei auxilium implorare cogatur, ne alioqui aduersarius vincat viliore quàm par sit precio *dict. l. ad officium 3. Cod. commun. diuid.* In distractione verò pignoris quod in causa iudicati captum sit, extraneus prior ad licitationem admittitur. Victor verò non aliter quàm si vel nullus se offerat extraneus ad licitandū, vel se quidem aliquis offerat, sed qui iustum precium offerre nolit *dict. l. 2. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Sed hæc differentia diuersitatem iuris inducere non potest quominùs æquè vno casu atque altero laudimium debeatur domino, cuius fuit res feudalis vel emphyteuticaria, quæ per licitationem distracta est. Maiórque ratio subesse videtur vt dicamus deberi ab eo ex condiuisoribus qui licitando vicit, quàm vt à creditore, qui in iudicati executione comparauit, nullo se offerente extraneo emptore aut offerente se quidem sed viliore precio rem ambiente: Debetur sanè certiùs & efficaciùs priore illo nostro casu quàm posteriore. Qui enim ex condiuisoribus in licitatione vicit is rem communem acquirit sibi non modo in solidum sed etiam irreuocabiliter: Qui verò in executione iudicati, habet quidem rei dominium statim & ex instāti ipso addictionis quā pragmatici nostri expeditionem vocant, idque authoritate Statuti quod ex ea causa lucrum fructuum à die illo expeditionis emptori tribuit, sed tamen reuocabiliter, cùm siue luendi pignoris siue redimendæ rei venditæ ius supersit debitori restituto emptori quisquis ille sit precio subhastationis & venditionis publicæ intra sex menses. Et quidem ob hoc ipsum ne laudimia priùs debeantur quàm semestre illud præterierit, ne miser debitor eorum præstatione ac restitutione oneretur si paratus sit precium reddere intra tempus constitutum cum legitimis accessionibus. Quòd si qua esset ratio, propter quam dici oporteret nullum ex diuisione per licitationem facta laudimium deberi, petenda illa esset non ex necessitate licitationis, sed ex eo, quòd licitatione facta, sit adiudicanda res ei qui licitatione vicerit vt cōstat *ex l. item Labeo 22. §. 1. & l. 55. D. fam. ercisc.* Sēper enim adiudicatio necessaria est cùm agitur inter cōdiuisores solos. Ex adiudicatione autē vt diximus, quoniam legis potestate dominium trāsfert nulla laudimia debeantur: Sed neque ratio hæc satis bona esse videtur, quia cùm ad licitationem deuenitur etsi fit adiudicatio tamen ex emptionis potiùs quàm ex diuisionis causa rem totam sibi possidet qui vicit licitatione, quisquis ille sit, hoc est siue condiuisor, siue extraneus, Maximè verò si extraneus. Quis enim dicat extraneo qui ad licitationem admissus fuerit & vicerit faciendam esse aliquam adiudicationem ab arbitro qui neq; ab eo petitus, neque pro eo datus sit sed inter solos condiuisores? Neque verò negari potest, quin factum aliquod interueniat hominis quoties per licitationem res expeditur, Nec sola legis potestas transfert hoc casu dominium, sed traditio, quæ post licitationem necessariò fieri & sequi debet, vt in qualibet alia emptione. Quid enim aliud licitatio quàm vera emptio est? Nimirum si agatur de extraneo. Nam in condiuisore aliud est, & in eum transferri potest dominium sine traditione per adiudicationem, quæ ad hoc non solùm vtilis, sed etiam necessaria est. Sed non impedit adiudicatio quominus licitatio faciat emptionem etiam in persona cōdiuisoris, in qua mutatur certè causa possessionis, licèt de titulo dubitari magis possit, quasi diuisionis titulus etiam post licitationem duret initio scilicet inspecto, vt *in l. 3. §. scio in fi. De minor. l. si procuratorem 8. in princ. D. mandat. l. 1. §. si seruus D. depos. l. si tantum*

l.si tantùm 12. D.de SC. Maced. Laudimium igitur omni casu debetur ab eo qui licitatione vicit siue extraneus sit siue vnus ex condiuisoribus, Sed cum hac tamen differẽtia quòd ab extraneo debetur solidum quia solidam rem acquisiuit, nouúsque pro re solida possessor est. A condiuisore verò non debetur nisi pro parte quæ fuerat alterius condiuisoris quoniam non nisi eam partem per licitationis victoriam sibi acquisiuisse intelligitur, nec mutatur causa dominij & possessionis nisi pro illa parte, cùm anteà iam esset idem dominus & possessor suæ portionis. Non potest autem deberi laudimium nisi à nouo possessore & quatenus possessor nouus est.

ERROR SEXTVS.

Si diuisio sic facta sit vt vnus totam rem feudalem vel emphyteuticam habeat, alius verò totam allodialem.

ALIQVANDO accidit vt arbiter Familiæ erciscundæ aut Communi diuidundo, nequeat sine licitatione diuisionem peragere, Nõ modò si vna tãtùm res aliqua sit quæ in diuisionẽ veniat, & quę tamen diuidi cõmodè nõ possit, quod euenit persæpe in bonis mobilib⁹ quæ nõ nisi numero diuisionem recipiũt, nonnũquã tamen etiã in immobilibus. vt in specie *l.1.C.commun.diuid.* [qui casus est à nobis superiore capite tractatus,] sed etiam cùm plura sunt prædia, quæ singula sint per se indiuisibilia vt *in l.ad officium 3.eod.* Hoc verò cùm accidit facillimè fit vt singula prędia singulos habeant dominos directos, qui laudimium velint cõsequi, si vni ex coheredibus aliísve condiuisoribus vtraq; prædia adiudicẽtur, facta vt oportet æstimatione cuius partem is cui adiudicatio fit soluat alteri. Quãquam & in eodem fundo quantumuis indiuisibili facilè põt cõtingere vt totus sit feudalis vel emphyteuticarius sed duorũ dominorum: Quemadmodũ põt etiam euenire, vt pars vna sit feudalis vel emphyteuticaria, & allodialis altera: Quod & in duobus fundis qui alioquin diuidi commodè nõ possunt, licèt per se nõ modò diuisibiles sed etiam diuisi iam sint, faciliùs frequẽtiúsq; vsuuenit. Hæc verò quæstio est quã nunc tractandam suscipimus, si res feudalis vel emphyteutica tota vni adiudicata sit, allodialis autem alteri, An domino laudimium debeat is cui res feudalis, vel emphyteuticaria adiudicata est. Locus autem fit huic quæstioni, non solùm si eiusmodi adiudicatio fiat per licitationem, vt *in d.l.3.Cod.commun. diuid.* sed etiamsi sine licitatione siue fundi per se singuli commodè diuidi possint, siue non possint, Cùm arbiter ad diuidendum datus illud potissimùm ante oculos habere debeat, quod vtrique condiuisorum magis expedit, vt omnibus æquè consulat *l. item Labeo 22.§.1.l.si familia 55.D.famil. ercisc.* Frequens autem nostrorum sententia est, Quoties in diuisione tota emphyteusis vel totum feudum vni ceditur & assignatur [sic enim loqui solent pro eo quod prudentes nostri dicerent *adiudicatur*] pro dimidia parte soluendum esse laudimium si modò emphyteusis sit noua, vel feudum nouum. Ita Ferrariens. *in form.libell.pro hered.vel re singul.diuid.* in verb. *domum vnam.* Aufrer. *ad Decis.Tholos.75.* Steph. Bertr. *cons.88.incip.ex casu vol.1.part.2.* Tiraq. *De retract.gentilit.§.1.glos.14. nu.77.* Guid.Pap. *quæstio.46.* quos refert ac sequitur Amedeus noster *dicta quæstion. 25.* vbi rationem huius sententiæ adfert, quòd sicuti noua emphyteusis est, quæ à fratribus ipsis acquisita fuit, Ita quòd ad portionem fratris noua est

acquisitio. In qua proinde licèt prior consensus domini non sit necessarius ad eiusmodi faciendam diuisionem, cùm neque prælationis ius hoc casu locum habere possit, ne alioqui cogatur fratres aut in communione perpetua manere, aut rem communem domino inuiti vendere quod vtrumque absurdum & iniquum esset *l. vltim. Cod. commun. diuid. l. non enim* 9. *D. rer. amot. l. si filiofamilias* 25. *§. maritum D. solut. matr.* Posterior tamen consensus necessarius est & approbatio domini in nouo emphyteuta retinendo. Quemadmodum, inquit Amedeus, solemus dicere in donatione & permutatione, in quibus tametsi de consensu domini ante contractum exquirendo, & de offerendi iure tractari nihil possit, non eò minùs tamen necessaria est domini adprobatio vt nouus possessor retineatur: ideóque etiam ex donatione ac permutatione laudimium deberi placet, vt in sequentibus dicemus. Loquuntur autem supradicti Doctores de noua emphyteusi, quia in paterna aliud iuris esse volunt, quòd ex alienatione in emphyteutam vel vasallum facta laudimium nullum debeatur. De quo posteà fortasse latiùs dicendum nobis erit. Iidem addunt si totum feudum vel tota emphyteusis vni adiudicaretur mediante precio, Etiam priorem consensum domini requirendũ fore ex Franc. Rip. *ad l. qui Romæ §. duo fratres num.* 86. *De verb. oblig.* Steph. Bertr. *consil.* 112. *vol.* 1. Gabriel: *consil.* 84. *num.* 4. *&* 16. Huiúsque differentiæ rationem illam adferunt, quòd licèt diuisio sit alienatio necessaria, non est tamen necessaria adiudicatio. Quod aiunt his omnibus casibus deberi laudimium, cùm emphyteusis noua est, & feudum nouum, certè verissimum est, & iis maximè consentaneum quæ superiore capite tractauimus. Nam si eo quoque casu quo adiudicatio est necessaria, vt in re quæ cõmmodam diuisionem nõ patitur, laudimium deberi tamen defendimus, quantò magis illud deberi dicendum est in ea adiudicatione quam interpretes habent pro voluntaria? Nimirum his omnibus casibus pro parte socij quam acquirit condiuisor, qui totam rem sibi habere incipit cuius non nisi partem habebat anteà, fatendum est esse illum nouum dominum nouúmque possessorem nouæ portionis, Quod vnum maximè inspiciẽdum esse docuimus quoties de laudimio an debitũ sit disputatur. Sed ratio quã adferunt quod huiusmodi adiudicatio sit voluntaria, non necessaria, facit vt appareat cõtigisse iis in hac quæstione, quod in aliis plerisque vt casu magis quàm certa ratione verum dixerint. Sic enim sentire debuerũt, In omni diuisione quæ ab arbitro fiat siue familiæ erciscundæ arbiter datus sit, siue Communi diuidundo necessariam esse adiudicationẽ, siue per licitationẽ fiat adiudicatio, siue absque licitatione *d. l. item Labeo* 22. *§.* 1. *& seq. & dict. l. si familia* 55. *D. famil. ercisc. l. communi* 7. *in princip. &* §. 1. *& pass. D. commun. diuid. l.* 1. *&* 3. *Cod. eod.* Non ob id solùm quòd credendum sit bonum & æquum arbitrum nihil meliùs aut cõmodius facere potuisse, Verùm etiam quia fieri aliter non potest vt dominium acquiratur ei cui fit adiudicatio, Quomodo enim acquireretur si adiudicatio nulla fieret? An fortè per traditionem? Vnicum siquidem & ordinarium illud remedium est ad transferendum dominium, quoties neque mancipatio, neque cessio in iure, neque vsucapio, neque adiudicatio, neque lex sola dominium transferre potest. Atqui verum quidem est, partem certam pro indiuiso sicut possideri ita & tradi & vsucapi posse *l. locus* 26. *D. de acquir. poss.* Sed illud tamen prius esse oportet vt possideatur, quàm vt tradatur vel vsucapiatur. At verò iudicium Familiæ erciscundæ, itémque Communi diuidundo non expectat vt coheredes vel cõdiuisores possideant. Nihil enim refert an possideant necne *l.* 1. *§.* 1. *l. heredes* 25. *§. quantùm verò D. famil. ercisc.* Est igitur adiudicatio semper necessaria vt ex-

pectata

pectata possessione, aut traditione partis indiuisæ dominium transferri statim possit quod alioqui non posset. Non enim arbitro Familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo lex 12. tabul. dedit potestatem aut tradendi res communes aut imperandi traditionem, sed tantùm adiudicationes & condemnationes facied̃i. Nihil ergo est quod in his iudiciis de traditione facienda tractari possit, cùm actiones istæ descẽdant ex lege 12. tabul. quæ de adiudicatione tãtùm nõ etiã de traditione locuta est. Tum verò quid si alter ex coheredibus qui rem communẽ aut in solidum aut saltem pro sua parte possideret, tradere illam nollet? Vtique præcisè cogi ad tradendum non posset, cùm traditio sit facti vt toties disputauimus *ex l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios.* ad factum autem præcisè cogi nemo possit *l. si quis ab alio 13. in fin. D. de re iudic.* Proinde eò tandem deueniendum esset vt eum qui tradere iussus esset, nec obtemperare vellet, condemnari oporteret in id omne quod interesset aduersarij, vt fit in cæteris omnibus tradendi & faciendi obligationibus *l. 1. D. de act. empt. l. si traditio 4. Cod. eod. l. quoties quis 81. iunct. l. stipulationes non diuiduntur 72. vers. Celsus l. eum stipulatus 113. §. vlt. De verb. oblig.* Atque ita fieret vt contra voluntatem arbitri rem communem haberet ac retineret is quem arbiter tradere iussisset, is verò habere nõ posset cui arbiter tradi daríque eam voluisset. Et consequenter vt ille ex condiuisoribus qui totam rem habere deberet ex arbitrio & officio iudicis è contrario partẽ suam vel inuitus certo precio vendere cogeretur, quod iniquissimum esset *l. non enim 9. D. rer. amot. d. l. 25. §. maritum D. solut. matr.* Præsertim cùm etiam ante vllam diuisionem rerum communium, vnusquisque sociorum iam sit dominus suæ portionis, nec sit necessaria adiudicatio nisi ad transferendum dominiũ alterius partis quæ pertinet ad condiuisorem. Quæ translatio nullo condiuisoris facto impediri potest cùm fit per adiudicationẽ ab arbitro potestatem legis exequente. Falsissimum igitur est quod interpretes sentiunt, Non esse in his iudiciis necessariam adiudicationem. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, Etiam facta adiudicatione perinde futurum vt is cui adiudicatio rei communis facta est cogatur re sibi adiudicata carere, eámque vendere si condiuisor qui eã possidet pertinacior & peruicacior esse velit in recusanda traditione. Multùm namque interest, an agat condiuisor aut coheres factus iam dominus per adiudicationem, an verò priusquàm dominus effectus sit: quia si agat post acquisitum dominium directa rei vindicatione quæ hoc casu sola cõpetit, nec ei res sua restituatur, poterit ex iuris ratione admitti ad iurandum in litem quòd non sit cogendus rem suam iusto precio vendere *d. d. l. non enim & dict. §. maritum.* Adeóque ex eo iure quod sub Vlpiani nomine Tribonianus inuexit *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* impetrare vt manu militari possessio condiuisori auferatur quod nõ similiter facere possit si agat antequàm factus sit dominus quia neque iusiurandum in litem neque auxilium illud extraordinarium manus militaris vnquam datur ei qui alienam rem petit aut repetit, sed ei tantùm qui suam, Excepto, quod ad iusiurandum attinet, casu *l. in actionibus 5. §. planè De in lit. iur.* vt alibi sæpe docuimus. Denique prouidendum fuit per legem 12. tab. vt coheredes cæterique condiuisores qui iam erant pro sua quisque parte domini rei communis, possent nancisci per diuisionem & per officium arbitri dominium alterius partis etiam inuito condiuisore, si quando ita arbitro videretur, Quod vtique non alio remedio fieri potuit quàm introducto vsu & iure adiudicationis, vt idem Vlpianus noster testatur *in Instit. Tit. 19. De acquisit. rer.* Imò verò tùm quoque cùm regionibus fundum aliquem diuidere vult & potest arbiter, ne-

cessaria perinde est adiudicatio vt suæ quisque portionis pro diuisa fieri possit dominus, quamuis esset iam anteà pro indiuiso cùm in parte qualibet vel minima singuli habeant suam portionem iuris intellectu quamuis non diuisione corporum, vt loquitur Papinianus *in l. Mauius 66. §. duorum de legat. 2.* Sed tamen inter hos casus differentia illa est, quòd in hoc posteriore nulla debentur laudimia quia non mutantur personæ possessorum, quæ tamen mutantur quoties tota res feudalis vel emphyteuticaria quæ antè fuerat communis fit propria vnius in solidum, Licèt alia vicissim detur coheredi aut condiuisori non tantùm si sit illa libera & allodialis, in quo mihi conuenit cum interpretibus, sed etiamsi sit ex eodem feudo vel ex eadem emphyteusi. Hoc enim addo interpretum sententiæ, qui nō putant in hac specie laudimium deberi. Et moueor quoniam hoc casu permutatio quædam, tametsi per speciem & occasionem diuisionis contrahi videtur inter condiuisores, vt *in l. sed & si lege 25. §. consuluit D. de petit. hered.* & apertiùs *in l. si filia 20. §. si pater* versic. *quasi certa lege permutationem fecerint D. famil. ercisc.* Ex permutatione autem laudimium debetur, vt infrà tractabimus. Tantò igitur veriùs est quod volunt interpretes, Esse hoc casu necessarium posteriorem consensum, & adprobationem domini ad nouum emphyteutam in solidæ rei possessione restituendum qui anteà non erat emphyteuta nisi portionis in vnaquaque re communi: Quæ portio licèt æquè certa & eadem sit cùm adhuc indiuisa est, quæ cùm diuisa *dict. l. locus 26. D. de acquir. poss.* alia tamen fit cùm vnus ex heredibus aut condiuisoribus pro sua parte totam rem aliquam consequitur, & alius aliam similiter totam: quia singulorum corporum causa & dominium inspici debet, Ne alioqui paullatim dicamus si fundus vnus sit de feudo vel emphyteusi Titij, alius verò de feudo vel emphyteusi Sempronij nulla fore debita laudimia neque Titio neque Sempronio: quod euidenter iniquum esset, cùm eorum quilibet amittat hoc casu veterem suum emphyteutam pro parte quam habebat condiuisor in re illa communi, & acquirat nouum, quod sine laudimij præstatione fieri vix vnquam potest. Nec sanè credendum est aut legis duodecim tabularum si de præstandis laudimiis cogitare iam tùm potuisset, aut arbitrorum qui adiudicationes tales fecerint, voluntatem illam fuisse vt directi domini ius læderent, & laudimiorum præstationem impedirent eo casu quo ex regulis iuris feudalis vel emphyteutici laudimium deberetur. Aliud enim est de condiuisorum, aliud de domini directi iure aliquid constituere. Illud planè verum est quod interpretes volunt non esse hoc casu exigendum priorem consensum domini an diuisionem inter coheredes aliósve condiuisores fieri velit & an vel hoc vel illo modo. Cùm lex duodecim tabularum vel vno ex condiuisoribus postulante iubeat fieri omnimodo diuisionem, in eámque causam arbitrum constitui, cuius arbitrio & æquitati totum negotium committatur: Ne scilicet cogatur quispiam inuitus manere in communione, vt diximus, & rixarum materiam pati quàm tolli penitus interest reipublicæ cuius vtilitas semper spectanda est & præferenda priuatæ, Tùm quoque cùm citra alterius aliquam iniuriam fieri id non potest, vt *in l. ita vulneratus 51. §. vltim. D. ad leg. Aquil. Authen. res quæ Cod. commun. de legat.* Diuisionis & arbitrij quod ad diuidendum interponitur causa publica est, Domini directi, priuata. Quæ ratio me mouet vt non æquè illud etiam probare possim, quod addunt iidem interpretes, si diuisio per officium arbitri sic fiat

vt vnus

vt vnus totam rem communem, sibi propriam habeat per adiudicationem, certo tamen precio, ad cuius præstationem sit ille vicissim condemnatus, [quod fieri necesse est cùm ad licitationem deuenitur, fit tamen interdum etiam nulla interueniente licitatione *dict. l. item Labeo 22. §. 1. & l. si familia 55. D. famil. ercisc.* Non modò laudimium deberi, sed etiam priorem consensum domini requiri. Quid enim si nollet dominus consentire vt diuisio sic fieret ac oblato eodem precio rem sibi retinere vellet? An non rectà impediret potestatem legis duodecim tabularum, quæ vtrumque præcipit, Vt & diuisio fiat rerum communium si alter ex condiuisoribus in communione perstare nolit, & vt fiat eo modo quem arbiter commodiorem existimauerit, non vt ex domini directi si quis esset, vel ex alterius arbitrio res pendeat. Atqui certum est nihil posse fieri contra leges, nec priuatorum vtilitates & cautiones legum authoritate censeri *l. vltim. D. de suis & legit. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor leg. contra 30. D. de pact.* Non igitur consensus domini directi exquirendus est ea in re quæ potest fieri ipso quoque inuito *Ex reg. l. qui potest 26. D. de regul. iur.* Neque verò, quod in huiusmodi adiudicatione precium interueniat facere debet, vt vel condiuisores vel arbitri ad diuidendum dati, animum vendendi & alienandi habuisse videantur: Non equidem condiuisores, quia non ex eorum voluntate id pendet, sed ex solius arbitri officio & arbitrio, quod etiam in inuitos pronunciatur, vt in aliis omnibus iudiciis euenit quæ in inuitos redduntur. *l. inter stipulantem 83. §. 1. De verbor. oblig.* Non etiam arbiter diuisorius quia non ad vendendum datus est, aut ad imperandam venditionem, sed ad diuidendum, & ad faciendam quantùm commodè fieri possit diuisionem. Nec existimandum est statim atque pecunia pro re datur, emptionem esse & venditionem, sed illud primùm ac ante omnia exigi vt animus adsit & voluntas contrahendæ venditionis ex vna parte, & emptionis ex altera, & vt venditor rem venalem habuerit. Sic enim omnino accipi debet quod scriptum est *in l. naturalis 5. §. 1. D. de præscript. verb.* vt constat *ex leg. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit. l. 1. Cod. de rer. permut.* Pecunia enim datur hoc casu non pro precio, sed tanquam alia res quælibet, quoniam pecunia cuiuslibet alterius rei vice fungi potest *l. 1. D. eod. l. 1. D. de contr. empt.* Omne precium consistere necessariò debet in pecunia numerata, sed non omnis pecunia numerata precium est, ne tùm quoque cùm pro alia re datur *leg. vltim. D. de condict. caus. dat.* In summa numquam diuisio emptio est licèt semper verum sit eam obtinere vicem emptionis *dict. leg. 1. Cod. commun. vtriusq. iudic.* Emptio enim contrahitur nudo consensu, Diuisio verò non nisi per adiudicationem si fiat per arbitrum aut per traditionem. Nudum siquidem placitum diuisionis nullius momenti est ad agendum, nisi vel traditione vel stipulatione munitum sit *leg. diuisionis 45. D. de pact.* Vendi etiam aliena res potest, *leg. rem alienam 28. De contr. empt.* Diuidi nisi res quæ communis est & inter eos inter quos communis est non potest, venditio non transfert dominium nisi secuta demùm traditione quæ à domino facta sit, Diuisio autem transfert si adiudicatio facta sit, nulla licèt traditione secuta *§. vltim. Institut. de offic. iudic.* Planè quoties saluo iure diuisionis ius quoque domini directi saluum & integrum conseruari potest, dubitari non oportet quin vtriusque ratio sit habenda, Vt euenit cùm de posteriore tantùm domini consensu & diuisionis approbatione, hoc est de solo lau-

dimio præstando tractatur. Nihil enim vetat & diuisionem stare inuito domino directo ad eum modum quem arbiter constituerit, Et nihilominùs laudimium deberi domino si is ex diuisione nouum emphyteutam vel vasallum aut in solidum, aut pro parte accipere coactus sit, Vt si in solidũ etiam laudimium solidum petere possit, si verò pro parte, partem, quamuis verum sit neutrum ex condiuisoribus factum esse ex diuisione locupletiorem. Non enim quis aut in quantum fiat locupletior inspiciendum est cùm de laudimiis quæritur, sed tantùm an nouus solidæ rei vel partis emphyteuta accesserit, necne.

ERROR SEPTIMVS.

De dominio per sententiam solam transferendo.

PRÆBVIT nostris magni erroris materiam quod scriptum est *in §. vlt. Inst. de offic. indic.* & à nobis vsurpatum sæpiùs est in præcedentibus, Id quod in tribus istis iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum alicui adiudicatum est statim eius fieri cui adiudicatum fuit. Inde namque inferre ac probare vulgo solent, Ex sententia iudicis dominium transferri. Quo falsius dici nihil in iure nostro potest: Nec scio an apertior vlla huius erroris probatio afferri possit quàm ex eo ipso *§. vlt.* vbi cùm Iustinianus scribit, In tribus istis iudiciis quod adiudicatum fuerit statim eius fieri cui adiudicatum est, an non ostendit manifestè quod volumus, In aliis ergo iudiciis omnibus aliud esse, nec tantam posse vim esse & authoritatem sententiæ vt dominium rei in iudicium deductæ in alium transferre queat. Quid enim haberẽt speciale hac parte tria ista iudicia, si ius idem esset in omnibus cæteris? At neq; existimandum est in his tribus iudiciis vi & potestate sententiæ fieri vt dominium in vnum ex colliti gantibus transferatur. Totũ enim id non sententiæ iudicis accepto ferendum est, sed potestati adiudicationis, quam voluit lex duodecim tabularum esse vnum ex modis sex acquirendi iure Quiritium dominij, Vt sæpe retulimus ex Vlpiano *in Instit. Tit. 19. De acquisit. rer.* Atqui non est locus adiudicationi præterquàm in tribus istis iudiciis. Et in cæteris omnibus dicitur iudex tantùm iudicare non etiam adiudicare. Fieri ergo nequit, vt in aliis iudiciis dominium per sententiam transferatur. Error primus ac præcipuus interpretum in hoc tractatu ille est quòd pronunciationem quamlibet iudicis quæ pro actore fiat habent pro adiudicatione, puta si quid iudex declarauerit aut meum esse, aut mihi debitum. Eámque loquendi rationem praxis nostra passim retinet vt quoties pronunciatum est & declaratum per sententiam, aut meum, aut mihi debitum esse quod petij, toties id mihi adiudicatum dicatur. Quasi inter iudicationem & adiudicationem nihil distet, si modò iudicetur pro actore & petitore. Quod tamen non ita est, Numquam enim videas prudentes nostros eo adiudicationis verbo vsos fuisse, nisi cùm de tribus istis iudiciis tractant Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum: Extra quæ si quando posset pronunciatio facta pro actore dici adiudicatio. Maximè id locum haberet in iudicio vindicationis in quo non de alio quæritur, quàm cuius res sit, Et tamen lõgè aliter Paulus *in l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic. Vbi autem* inquit, *alienum fundum petij, & iudex sententia sua declarauit meũ esse.* Et *in l.*

Et *in l. si inter me* 15. *D. de except. rei iudic.* in illis verbis *interest vtrum meam esse hereditatem pronunciatum sit, an contrà.* Et paullò pòst, *quia eo ipso quo meam esse pronunciatum est.* Et alibi passim *eo. tit.* vbi frequentissima talium pronunciationum mentio fit, & rei iudicatæ, Numquam verò adiudicationis aut rei adiudicatæ. Et verò si adiudicatio nihil aliud est quàm modus quidam transferendi dominij quomodo fieri potest vt cùm in iudicio vindicationis iudex super facti quæstione, & ante redditum arbitrium pronunciat, Videri rem esse petitoris, videatur hoc ipso rem petitori adiudicare? An non hoc esset agere vt res quæ iam esset petitoris fieret eius magis ac magis? quod ipsum tamen fieri certè nullomodo potest *§. sic itaque Instit. de action. l. non vt ex pluribus* 159. *De regul. iur.* Nisi fortè vt hunc errorem interpretum tueamur, in alium incidamus, & adiudicationis nomen vsúmque ad eum casum coangustemus quo iudex pronunciauerit petitoris esse fundum, qui re vera erat alienus, vt *in dict. l.* 35. *§.* 1. *De rei vindic.* Hoc verò numquam fieri potest nisi per errorem vt constat *ex dict. §.* 1. vbi dicitur debere iudicem in hac specie *eodem errore* de fructibus quoque pronunciare, Et *in l. si per errorem* 17. *D. de vsucap.* tractat Marcellus de eo, qui per errorem de alienis rebus vt de communibus iudicium Communi diuidundo acceperat, & ex adiudicatione fundum possidere cœperat. Nempe quia, vt superiore capite disputauimus, cùm adiudicatio sit modus transferendi dominij non de alia re fieri potest, quàm de ea cuius dominium transferri in alium possit: quod de re aliena inuito vel ignorante domino numquam potest contingere. Quis autem admittat, tantam esse debere vim ac potestatem sententiæ per errorem redditæ, vt dominium transferre possit, quod neque per traditionem à vero domino factam si modò per errorem facta esset, transferretur, *l. si ego pecuniam* 18. *D. de reb. credit. l.* 3. *§. subtilius D. de condict. caus. dat.* Errantis enim voluntas nulla est, nec quicquam consensui tam contrarium quàm error qui imperitiam detegit *l. si per errorem* 15. *D. de iurisd. l. sed hoc ita* 20. *D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Non sum nescius tantam esse authoritatem rerum iudicatarum vt etiamsi non modò per errorem & imprudentiam sed etiam quod indignius & intolerabilius est per sordes, aut per gratiam malè ac perperam iudicatum sit, executioni tamen mandanda sit sententia ne nullus sit litium finis si à rebus quoquomodo dum ritè iudicatis sub eo erroris aut iniquitatis prætextu recedere liceat *l. seruo* 65. *§. cùm Prætor D. ad SC. Trebell. l. si per imprudentiam* 51. *D. de euict. l.* 2. *& tot. tit. Cod. de re iudic.* Sed longè aliud est tractare de iudicato exequendo quod per errorem iudicatum sit, Aliud verò eam sententiæ erroneæ vim tribuere vt dominium statim & ipso iure transferre possit, quod neque iudex habeat, neque is contra quem iudex pronunciat. Idque ita esse apparet euidenter *ex dict. l. si per errorem* 17. *De vsucap.* vbi tractans Marcellus de facta per errorem adiudicatione rei alienæ quæ communis esse credebatur in iudicio Communi diuidundo, negat translatum esse dominium, quamuis adiudicatio esset non tam titulus quàm modus habilis ad dominium transferendum, sed per eiusmodi adiudicationem erroneam vult translatam esse duntaxat vsucapiendi causam & conditionem. Vt adiudicatio ex modo transferendi dominij fiat titulus ad vsucapiendum, Ne vsucapio sine titulo procedere videatur *l. Celsus* 27. *l. penult. D. de vsucap.* alias *l.* 3. *pro solut.* Quòd si sententia quæ adiudicationem erroneam continet & hanc vim non habet vt dominium transferre possit, Quantò minùs habebit sententia quælibet alia quæ nullam faciat adiudicationem? Ac statim replicabunt interpretes.

Hhh

Ex quibus causis vsucapiendi tantùm condicio per sententiam acquiritur si res sit aliena, ex iisdem transferri dominium per sententiam si contra dominum pronunciatum sit. Quomodo cùm de traditione tractamus, solemus dicere, Ex quibus causis re à non domino tradita vsucapiendi condicio quæritur ex iisdem si res à vero domino tradatur, dominium acquiri *l. clauibus* 64. *D. de contr. empt. l. traditio* 20. *D. de acquir. rer. domin.* Atqui vsucapiendi condicio per sententiam acquiritur si aliena res per errorem adiudicetur *d. l. si per errorem* 17. *De vsucap.* iunct. *l. Pomponius* 13. *§. si iussu D. de acquir. poss.* Ergo, inquiunt, si res adiudicetur eius qui sit dominus transfertur dominium. Nos verò totam ratiocinationem admittimus dummodò adiudicationis nomen retineatur. Certissimum enim est, eo casu quo facta sit & fieri potuerit adiudicatio dominium ex ea transferri statim & ipso iure si dominus rei fuerit is contra quem facta est adiudicatio, solam verò vsucapiendi condicionem si dominus non fuerit. Sed negamus posse tractari de adiudicatione nisi in supradictis tribus iudiciis, in quibus sunt & alia pleraque singularia *l. in tribus* 13. *D. de iudic.* Negamus in aliis iudiciis sententiam quæ adiudicationem nullam contineat posse transferre dominium si res eius sit contra quem fertur sententia, quia non potest hoc casu sententia non esse erronea, Nec proinde vsucapiendi condicionem si res non sit condemnati, nisi alius anterior & iustior præcedat titulus ex quo sequi vsucapio possit. Finge possedisse quem bona fide fundum Titij quasi suum ex causa emptionis vel alterius tituli: quem tu siue iustè, siue iniustè cœperis possidere. Nemo dubitat quin potuerit eum vsucapere, & eo nomine Publicianam habere debeat, contra te, si cùm esset in cursu vsucapiendi tu eius possessionem interpellaueris *§. namque Institut. De action. l. 1. & tot. ti. D. de Public. in rem act.* Quid ergo si iudex datus in actione illa Publiciana, quæ est ex arbitrariis, iusserit te rem illam actori restituere? Arbitrium enim tale præcedere necesse est antè quàm ad condemnationem vel absolutionem perueniri possit. Si arbitrio parueris & rem restitueris non quæ adiudicata sit [nec enim magis in Publiciana quàm in ciuili & directa vindicatione potest adiudicatio vlla fieri] sed quæ restitui iussa est, victor vsucapionem cœptam proculdubio complebit, proderítque illi possessio tua, vt computetur ei tempus tuæ possessionis acsi semper ille possedisset. Verùm hoc ita non propter potestatem iussus & arbitrij, de quo textus loquitur *in dict. §. si iussu l. Pomponius* 13. *D. de acquir. possess.* Multò minùs propter sententiam & pronunciationem illam quæ in arbitrariis iudiciis debet semper arbitrium præcedere, de qua nullum ibi verbum, sed propter titulum illum præcedentem cum bona fide coniunctum ex quo cœperat currere vsucapio ante motã Publicianam redditúmque arbitrium de re restituenda. Itaque non sic loquitur Vlpianus *in dict. §. si iussu*, vt dicat *si per sententiam iudicis res aliena quam petebam mihi adiudicata sit.* Sed ita *si iussu iudicis res mihi restituta sit.* Quis verò nescit, Aliud esse rem restitui, aliud verò adiudicari? Nihil ergo is locus contra nos probat. Neque verò ideò fertur sententia vt ius aliquod nouum victori tribuat, aut vt rem alienam eius faciat, sed tantùm vt ius quod habebat actor aut reus declaret, siue iustè id faciat, siue per errorem, vt *in dict. l. ex diuerso* 35. *§. 1. De rei vindic. l. Pomponius* 40. *§. sed & is qui D. de procurat.* Ideóque nec ex sententia nascitur vnquam rei vindicatio quomodo nasceretur sicut ex alio quouis titulo habili ad transferendum dominium si per sententiam transferretur, sed ex sententia & re iudicata nulla vnquam alia nascitur actio quàm in factum quæ personalis est &

est *l. actori* 8. *Cod. de reb. credit. & iureiur.* aut rei iudicatæ exceptio. Cuius nor posset esse vsus necessarius, præsertim cōtra eum qui vindicatione egisset ac victus esset agentem iterum eadem actione si per priorem sententiam dominium translatum fuisset in victorem. Exceptio namque omnis præsupponit actionem præcedentem eámq; competentem, cùm nihil aliud sit quàm actionis exclusio *l.* 1. *& pass. D. de except. rei iud.* Nemo autē agat sine actione *l. si pupilli* 6. *§. vlt. D. de negot. gest. l. quoties* 9. *§. & generaliter D. de admin. & peric. tutor.* Atquin actio vindicationis cōpetere non posset domino qui in priore iudicio victus fuisset, Imò cōpetere desiisset ipso iure ei qui per sententiā dominus esse desiisset, trāslato nimirum in victorem dominio quod penes duos in solidū esse non posset *vulg. l.* 5. *§. vlt. D. cōmod. l. de hereditate* 19. *§. pater D. de castrens. pecul.* Et tamē verissimū est, Eum qui vindicatione egit & succubuit nihilominus iterum agere posse de eadem re eámq; vindicare, nec alio modo prospici posse reo quàm per exceptionē rei iudicatæ *l.* 3. *&* 5. *l. si quis* 7. *per tot. l. si à te* 9. *§.* 1. *l. si mater* 11. *in prin. & pass. D. de except. rei iudic.* Exceptio. n. iusti dominij de qua *in l. pen. D. de publ. in rem act.* potest quidē opponi contra Publicianam in qua actor non intēdit se habere iustum dominium sed tantúmodò quasi dominium. At contra directam & ciuilē vindicationē opponi non potest, cùm directa vindicatio non alij possit cōpetere quàm ei qui se probet dominū aut iure gentium, aut ciuili *l. in rem* 23. *in prin. D. de rei vindic.* quiq; intentionē suā impleat *l. vlt C. eod.* Alioquin actore non plenè probante absolui reus debet etiamsi nihil præstiterit *vulg. l. qui accusare* 4. *C. de edend.* nec de exceptione quærēdū est, priusquàm fundata sit actio & intentio actoris. Neq; rursus in exceptionē illud ipsum deduci vnquam potest quod deducitur in petitionē cùm in eā rē sufficiat reo negare ad elidēdā intētionē actoris quousq; probata illa sit *l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non licet.* Cùm ergo in directa rei vindicatione non alia sit intētio actoris quàm intentio dominij *l.* 1. *§. cùm prædiū D. de pign.* nō potest reo etiāsi iam vicerit eadē intentio iusti dominij cōpetere, & iustam exceptionem ei præbere quin duo in solidum eiusdem rei domini admittantur à Prætore cuius est & actionem dare, & exceptionem. E contrario is qui in iudicio vindicationis obtinuit per iniuriam iudicis tanquā dominus cùm dominus non esset, nō ideò potest fieri dominus, & tanquam dominus agere posteà vindicatione, ne quidem contra condemnatum, aut vt meliùs dicam contra eum qui in priore vindicationis iudicio victus est, nullámque ex ea sententia propriam actionem habere potest, vt eleganter ac disertè Papinianus scribit *in l.* 3. *§.* 1. *eod. tit. De pignor.* Vbi quod magis est ait, Eum qui per iniuriam iudicis victus est in directa rei vindicatione non eò minùs posse rem illam quasi suam dare pignori, quamuis res aliena pignori dari non possit, sed ea tantùm quam creditor probare possit in dominio bonísve debitoris fuisse eo tempore quo dabatur pignori *dict. l.* 3. *in princip. l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur eodem tit.* Ideóque non posse Prætorem huic creditori tanquam pignoratitio denegare quasi Seruianam actionem, sed tamen futurum vt si agat contra victorem qui per restitutionem factam ex arbitrio iudicis post pronunciationem reddito possessor factus sit, summoueri debeat exceptione rei iudicatæ, quemadmodum & debitor ipse iam victus si rem vindicare pergeret eâdem exceptione summoueretur. Nec enim creditor pignoratitius plus iuris habere potest quàm habet debitor qui pignus dedit vt benè Papin. ratiocinatur. Debitor autem posset quidē adhuc vindicationē exercere ipso iure, tanquam qui reuera dominus manserit etiam post iniuriosam sententiam

iudicis, sed tamen exceptione rei iudicatæ si ageret summouendus esset, cùm in eo iudicio fuerit superatus. Similiter igitur & creditor qui ab eo post sententiam pignus accepit, habet quidem ipso iure quasi Seruianam eámque mouere potest, Tanquam cui pignus rectè & à vero domino constitutum fuerit. Sed si agat summouendus est exceptione rei iudicatæ, quippe quæ ab authoris persona transire soleat contra successorem etiam singularem *d.l. si à te 9. §. vl. De except. rei iudic.* Cùm negari non possit quin successerit in ius victi qui post sententiam pignus accepit. Diuersum enim esset si ante sententiam pignus accepisset ab eo qui posteà in quæstione dominij victus fuisset *l. iudicata 29. §. vlt. eod.* quamuis non per iniuriam iudicis sed ob non plenè probatam intentionem dominij, vt *in d.l. 3. in princip. De pignor.* Nam tametsi maximè, inquit Papinianus, nullam propriam actionem qui vicit, exercere possit, Non tamen quid ille non habuit, sed quid in ea re quæ pignori data est debitor habuerit consideradũm est. Debitor autẽ habuit quidẽ ius dominij, sed tamẽ tale quod ei prodesse non poterat propter exceptionem rei iudicatæ partam possessori ex authoritate sententiæ quantumuis iniuriosæ. Ergo nec in persona creditoris potest esse vtilis & cum effectu intentio pignoris, quæ ius & intentionem dominij præsupponit, cùm eandem rei iudicatæ exceptionem pati debeat is qui in ius victi successit. Vincet igitur hoc casu creditorem iustè, idem ille possessor qui dominum iam vicerat per iniuriam, Sed non tam ob proprium aliquod ius quod in ea re habeat, Aut quòd post sententiam nullũ victo ius superfuerit quàm quòd ius agentis infirmum factum sit & inefficax per sententiam contra debitorem latam. Quæ omnia falsa essent tam in creditoris, quàm in possessoris persona si per sententiam dominium transferretur, aut aliquod ius victori acquireretur præter exceptionem rei iudicatæ.

ERROR OCTAVVS.

De distinctionibus variis quas adferunt interpretes cùm tractant de dominio per sententiam transferendo. Et ad l. vlt. C. de fideic. libert.

SOLLENNE est Bartolo vt de omnibus ferè dubitare, ita in omnibus ferè dubitationibus & quæstionibus distinguere maximè cùm Accursium quoque dubium & nutantem videt, vt euenit in proposita quæstione De domino per solam sententiam transferendo. Idem enim ille Accursius qui ad *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* scripserat per sententiam dominium transferri. Contra sensit *ad l. exceptione D. de except. rei iudic.* Imò verò non transferri. Bartolus autem *ad l. ex hoc iure 5. D. de iu. & iur.* vbi tractari solet hæc quæstio ab interpretibus, distinguit subtiliter si Diis placet actionẽ personalem à reali. In actione personali, inquit, dominiũ transfertur per sentẽtiam si ad h[illegible]c tendat sententia vnà cũ actione instituta. In reali verò subdistinguit, vt non transferatur dominium per sententiam si secundum reum pronuncietur. Transferatur verò si pro actore qui dominus non sit. Alij verò vt Bartolo subtiliores videantur nõ actionẽ personalẽ à reali distinguunt, sed vniuersalia iudicia à particularib. [sic enim vocãt ea quę potiùs specialia, vel singularia dicere deberent] Vt in vniuersalib. dominium per sentẽtiam transferatur, in particularibus verò non [illegible]

cap. propoſuit. Extr. De conceſſ. præb. Quibus omnibus diſtinctionibus error ille perpetuus cauſam dedit, vt in præcedentibus diximus, quòd ſententiam pro actore latam adiudicationem eſſe crediderunt, nec in quo adiudicatio à ſententia differat, intellexerunt. Certis enim caſibus dominium per ſententiam transferri viderunt, In iis ſcilicet in quibus adiudicatio fit. In aliis verò aliud obſeruari, Proinde diſtinctionibus hanc difficultatem expediendam eſſe exiſtimarunt. Ego ſicuti per adiudicationem dominium transferri affirmo, Ita ſi adiudicatio nulla fiat, nego conſtantiſſimè transferri poſſe dominium per ſententiam indiſtinctè, hoc eſt ſiue realis, ſiue perſonalis actio ſit, & ſiue vniuerſale iudicium ſit, ſiue ſingulare. Nam quod putat Bartolus in actione perſonali faciliùs admitti poſſe vt dominium per ſententiam transferatur, quàm in actione reali prorſus abſurdum & improbabile eſt, cùm in actionibus perſonalibus non de dominio quæratur, vt in realibus, ſed tantùm de iure obligationis quæ dicitur cauſa eſſe & mater inſtitutæ actionis *l. licet* 42. *§. ea obligatio D. de procurat.* Eſt enim illa propria & germana diffinitio actionis perſonalis quæ à Iuſtiniano traditur initio *Tit. Inſtitut. de action.* poſt Celſum *in l. nihil aliud* 51. *De obligat. & action.* vt ſit ius perſequendi in iudicio id quod ſibi debetur. Qua ratione moti nonnulli putarunt addendum *ſuúmve eſt*, vt ea diffinitione reales quoque actiones comprehenderentur, quæ alioqui non comprehenduntur cùm nemo poſſit intendere rem ſuam ſibi deberi non magis quàm illud fieri vt quod iam meum eſt magis fiat meum *§. ſic itaque Inſtitut. de action. l. non vt ex pluribus* 159. *De regul. iur.* Ideóque nec facilè poſſum intelligere quid ſibi velit Bartolus, cùm requirit vt ſententia vna cum actione inſtituta tendat ad trãſlationem dominij ad hoc vt per ſententiam dominium transferatur. Nec enim poſſit vlla eſſe actio perſonalis quæ magis tendat ad tranſlationem dominij quàm ea per cuius formulam intendit actor ſibi dari rem oportere, vt puta ex ſtipulatione *fundum dari* quæ alium ſenſum non habet quàm vt dominium omnimodo transferatur *l. vbi autem* 75. *§. vltim. D. de verbor. obligat.* Aut ſi agatur condictione certi ex mutuo vt merx credita reddatur, quandoquidem in mutuo & contrahendo & diſſoluendo transferri dominium neceſſe eſt *l. 2. §. appellata & paſſ. D. de reb. credit.* Aut denique ſi agatur condictione triticaria per quam res ipſa petitur, quæ debetur, quæcunque tandem illa ſit extra pecuniam numeratam non eius æſtimatio *l. 1. D. de condict. tritic.* Atqui nullo iſtorum caſuum fieri poteſt, vt ſententia vlla proferatur quæ ad dominij tranſlationem tendat, Nempe quia ſiue agat quis condictione certi ex ſtipulatu aut ex mutuo, ſiue condictione triticaria, etiamſi pro actore pronuncietur. Numquam tamen iudex condemnat reum vt det fundum, quem dare promiſit, aut vt reddat vinum vel triticum, quod ipſe mutuum acceperit, ſed neceſſariò æſtimare litem debet, eámque litis æſtimationem in ſententiam deducere, vt cùm ex iudicato nihil niſi pecunia debebitur, facilè poſſit fieri executio per capionem & diſtractionem pignorum, quæ alioqui ſi de re aliqua danda, ac proinde in neceſſarium antecedens tradenda pronunciatum eſſet, fieri condemnato inuito numquam poſſet. Vt in ſuperioribus Decadibus demonſtrauimus pluribus cùm de differentiis condictionis certi & condictionis triticariæ tractaremus Ex *l. vinum* 22. *D. de reb. cred. l. penultim. & vltim. D. de cond. tritic. l. quoties in diem* 59. *& ſequent. De verbor. obligat. l. fundum* 28. *D. de donat. l. 4. §. ait Prætor l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudic.* Numquam igitur fieri poteſt vt ſententia iudicis concurrat cum actione perſonali

instituta ad hoc vt vtraque tendat ad translationem dominij. Nam vt eò maximè tendat actio, sententia tamen tendere non potest, cùm id semper agat iudex & agere debeat vt actori in pecunia satisfiat. Quod nec Tribonianus ipse sciuit vt constat ex ea constitutione quam sub Iustiniani nomine edidit *in l. vlt. Cod. de fideicomm. libert.* vbi ait mirari se stultitiam iudicis qui cùm legatarius ab herede peteret seruum sibi legatum vt eum manumitteret, condemnauerat heredem ad præstandam legatario æstimationem serui. Nec tamen miratur stultitiam prudentum veterum, ex quibus nemo fuit, qui dubitauerit quin ita pronunciare iudex & posset & deberet. Alioqui cur quærerent an eo casu talis pronunciatio libertati obstare deberet, Itémque an in eiusmodi specie libertatem fideicommissariam præstare cogendus esset heres. Denique an ea præstita permittendum ei esset vt pecuniam condiceret quam legatario ex condemnatione soluisset. Fuerunt enim istæ veterum prudentum dubietates & altercationes quas Iustinianus voluit dirimere. Quibus tamen nullus relictus fuisset locus si prudentes idipsum existimassent quod Tribonianus credidit, fatuum esse iudicem, qui petito seruo ex causa legati condemnet heredem ad præstandam serui æstimationem. Quid enim aliud facere possit iudex datus in condictione certi ex causa legati, nisi vt heredem ad rei legatæ æstimationem condemnet. Siquidem vtrumque certum est, & condictionem certi locum habere etiam ex causa legati *l. certi condictio 9. §. 1. De reb. credit.* & non dari eam nisi ad pecuniam, id est ad litis æstimationem qualis quantáque fieri debeat per iudicem ex præscripto *dict. l. vinum 22. eod. tit. l. 3. & vltim. De condict. tritic.* Neque id tam à iuris ratione alienum Tribonianus credidisset, si iuris rationem adprimè calluisset, quæ vt sæpius diximus litem æstimari semper vult à iudice etiam in condictione triticaria vt iudicati executio fieri commodissimè possit inuito condemnato qui non facere aliquid cogatur, sed tantùm pati: Soláq; illa quæstio superat, eáque ex diuersitate iudiciorum decidenda. Cuius temporis ratione haberi oporteret in ineunda rei debitæ litísque æstimatione. Cui quæstioni nullū hodie locū relinqueret constitutio ista Iustiniani, si id ipsum quod in actionē deductum est in condemnationem deduceretur, Eo prætextu quem adferunt interpretes, quòd sententia debeat esse conformis libello Ex *d. l. vlt. & l. vt fundus 19. D. comm. diuid.* Non enim ob id minùs libello cōformis est quod iudex condēnet reum non ad rem petitam sed ad rei petitæ iustā æstimationē, quia si de condictionibus agas quæ omnes stricti iuris sunt deq; cæteris strictis iudiciis quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. D. de vsur.* & eius tēporis æstimatio facienda est quo nouissimè solui res potuit *d. l. si Calendis 11. D. de re iudic.* In bonæ fidei verò iudiciis facit bona fides & æquitas vt inspiciendum sit non quanti plurimi sed vtro tēpore pluris res fuerit. Moræ scilicet siue iudicialis, siue extraiudicialis aut rei iudicandæ *l. 3. §. in hac D. commod. l. 3. §. si per venditorem De action. empt.* Ex quibus locis omnibus apparet mirandam magis stultitiam & inscitiam Triboniani, qui iudicem illum accusans non videt totam se accusare veterem Iurisprudentiam, quæ ipsa si in ea facti specie pronunciasset, non aliter vtique fuerat pronunciatura. Sed illud magis mirandum hodie lugendúmque est, quod quemadmodum idem Tribonianus arbitrariarum omnium actionum vim & naturam sustulit, cùm sub Vlpiani nomine nouum illud ius & veteribus omnibus incognitum introduxit *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* vt qui restituere rem iussus est si iudici non pareat & restituendæ rei facultatem habeat manu militari possessio ei auferri possit, Ita & cæterarum

actionum

actionum omnium ius totum peruertit constituendo *in dict. l. vltim. Cod. de fideicommiss. libert.* vt res quæ petita est etiam per condictionem certi, ac multò magis si per triticariam, deducenda ipsa sit in sententiam & condemnationem non ipsius æstimatio. Nisi fortè ad excusandum Tribonianum, verbis licèt constitutionis apertè, vt videtur, repugnantibus, velit quis dicere specialem eam esse non generalem, fauore scilicet libertatis latam ne ea intercideret, quam intercidere necesse esset si legatarius seruum sibi legatum iussus manumittere æstimationem serui pro seruo ipso accipere cogeretur. Quamquam poterat salua iuris ratione constituere, ad indeuotionem, vt ipse loquitur, heredis coercendam, vt nihilominùs seruus ipso iure liber fieret, nec æstimationis quam vltrò soluisset legatario repetendæ ab eo ius vllum haberet. Cæterùm inspecta mera iuris ratione, neque hoc, neque aliud quicquam tale constitui poterat aut contra heredem, aut contra legatarium cùm vterque iure suo vsus esset, nec vlli eorum quicquam imputari posset, Eratque potiùs imputandum testatori si omnimodo seruum hunc ad libertatem peruenire volebat cur eum legasset ac fideicommissariam libertatem ei à legatario dedisset, ac non potiùs directam ipse aut si fideicommissariam ab herede suo illam non à legatario. Debuerat enim testator prospicere futurum vt si heres seruum legatum præstare nollet, mallétque sententiam expectare, non ad aliud posset per iudicem condemnari quàm ad præstandam æstimationem, Ex eáq; causa fore, vt libertas intercideret, quam nec legatarius præstare posset qui serui dominiũ non haberet, nec heres ipse qui præstita litis æstimatione non iã quasi heres sed ex alia noua causa, id est ex litis æstimatione ac veluti noua emptione seruũ habere cœpisset *l. si seruus 21. §. 1. vers. & ideò D. de euict.* iũct. *l. 2. D. pro emp.* Nã & ex hac causa fundus pupillaris, qui omniũ minimè alienabilis est, fit tamẽ alienabilis quia hæc alienatio prorsus necessaria est, & ex mera iuris ratione proficiscitur *l. 3. §. ubi quæri potest D. de reb. eor. qui sub tut.* In summa nihil mirũ aut absurdũ videri debet quod cũ iuris ratione cõsentiat, maximè quod à prouido testatore præuideri potuerit & debuerit *arg. l. si quis domũ 9. §. 1. D. loca.* in illis verbis *quia hoc euenire posse prospicere debuit.* Neq; habet iuris executio in iuriã *l. iniuriarũ 13. §. 1. D. de iniur. l. vlt. C. de in integr. rest. minor.* Potuit tamẽ huic posteriori audaciæ Triboniani prior causam dare. Nam cùm pro seruo legato cõpetat vindicatio quæ arbitraria est actio ex qua posset heres cogi etiam manu militari vt seruum quẽ haberet in sua potestate traderet legatario iuxta *d. l. qui restituere,* Tolerabilius est supposito primo errore illo aliũ inducere, vt tũ quoque cùm seruus legatus per actionẽ personalem ex testamento petitur, necessariò debeat ipse non ipsius æstimatio deduci in condẽnationem. Quasi parum interesse debeat quod ad implendã voluntatem testatoris, qua actione res legata petatur. Quod ipsum quoq; tamen à iuris ratione alienũ est, quia eligere legatarius debet qua potiùs actione experiri velit, & quã elegerit viam sequi *l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2.* iunct. *l. quod in heredẽ 9. §. eligere D. de tribut. act. l. si mulier 21. §. vlt. D. quod met. caus.* Et sanè quid absurdius est dicere quàm nihil referre an personali actione legatũ petatur, an directa rei vindicatione? aut vtriusque actionis cuius tã diuersa sint iura, tãq; discrepantes causæ easdẽ esse præstationes? Esset tamẽ tolerabilius vt dixi, hoc admittere in legato, quàm in alia re qualibet, quæ per solã actionẽ strictã peti posset, nõ per arbitrariã. Sed nõ tã facit hoc mihi stomachũ, quàm quod video stomachari Tribonianũ in miserũ iudicẽ, qui tã benè peritéq; & ex arte pnũciauerat. Verùm hęc cõtra Tribonianũ

diſputaſſe ſufficiat, vt redeamus ad interpretes, Et concludamus fieri non poſſe quod vult Bartolus, vt & actio & ſententia eò tendat vt dominium in actorem transferatur. Nam etſi ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem *in dict. l. vlt. C. de fideicom. libert.* tam generaliter quis velit accipere, vt numquam hodie lis æſtimanda ſit per ſententiam, ſed omnimodo condemnari reus debeat ad rem ipſam dandam quam intendit actor dari ſibi oportere, Non ideò tamen ſtatim fiet vt per eiuſmodi ſententiam dominium transferri poſſit in actorem, ſed tantùm vt in executione iudicati cogendus ſit reus qui victus & condemnatus eſt vt rem ipſam det, id eſt rei dominium transferat. Nec enim aliud in iudicati executionem venire poteſt quàm quod in ſententiam deductum eſt. Quomodo autem dabit & dominium transferet, ſi non tradat? At verò præcisè cogi ad tradendum non poteſt cùm ſit hoc meri facti. Niſi fortè hîc quoque nouam pro Triboniano iuriſprudẽtiam volumus inducere quæ debitorem facti etiam ad faciendum præcisè cogat contra omnes omnino iuris regulas. Illud enim militaris manus auxilium quod implorauit Tribonianus *in d. l. qui reſtituere*, vt omnium arbitrariarum actionum naturam deſtrueret ad poſſeſſionem à poſſeſſore victo in dominum transferendam, inutile & inefficax eſt hoc caſu in quo non ſufficeret cogi poſſeſſorem vt pateretur à ſe transferri poſſeſſionem, niſi etiam cogeretur aliquid facere, id eſt rem tradere ad dominium quoque transferendum quod multò difficilius eſt quia ſine vi & impreſſione id fieri non poſſet: Longéque odioſior eſſet manus militaris aduocatio vt dominus etiam qui victus eſſet dominium rei ſuæ in alium transferre, rémque ſuam inuitus tradere cogeretur, quàm vt vero domino qui iam viciſſet, rei ſuæ poſſeſſio reſtitueretur. Sicut è contrario fauorabilior ille eſt qui iam eſt dominus, quàm qui dominus fieri vult, minúſque odioſa vis quæ infertur, vt quis pati tantùm cogatur, quàm quæ inuitum aliquem ad faciendum compellit. Denique noua lege opus eſſet vt is qui fundum, aut quid aliud dare cõdemnatus eſſet cogetur in executione iudicati rem tradere. Nihil enim tale adhuc conſtitutum eſt, neque *in d. l. vlt. C. de fideic. libert.* neque alio vllo iuris loco. Quod etſi maximè verum eſſet, inde tamen tantò clariùs appareret falſum eſſe quod vult Bartolus in huiuſmodi actionibus perſonalibus quæ tendunt ad dandum & dominium transferendum ſi ſententia eòdem tendat, transferri dominium ipſo iure per ſententiam. Quid enim eſſet opus traditione, ſi iam per ſententiam dominium tranſlatum eſſet? Imò ſi verum amamus cùm iudicis ſententia ſic concipitur, vt reus condemnetur ad rem ipſam dandam & eius dominium in actorem transferendum, an non apertiſſimè declarat iudex non id ſe agere vt dominium per ſententiam ſuam transferat. Sed vt per reum ipſum transferri curet, Qui vtique non niſi fruſtrà & ineptè condemnaretur ad dandum & ad transferendum dominium quod per ſolam ſententiam ipſo iure iam tranſlatum eſſet.

ERROR NONVS.

De iiſdem diſtinctionibus Bartoli & aliorum interpretum. Et ad l. 3. §. item quæri poteſt D. de reb. eor. qui ſub tutel.

ALTERA

Digitized by Google

ALTERA pars distinctionis Bartoli est de actionibus realibus in quibus subdistinguit quemadmodum superiore capite diximus, vt si pro actore pronuncietur sententia transferat ipso iure dominium, sin pro reo non transferat. Cuius subdistinctionis sicuti pars posterior vera est, quia cùm in actione in rem pro reo pronunciatur, actor tantùm summouetur, nec idcircò tamen res adiudicatur reo, adeóque nec pronunciatur rem esse rei sed tantùm non esse petitoris *l. si inter 15. in fin. De except. rei iudic.* Ita prior pars euidenter falsa est & ex iis quæ in *Error. 7.* disputauimus satis supérque confutata. Nam quoties pro actore pronunciatur, nulla tamen ipsi adiudicatio fit, sed tantùm declaratur rem ipsius esse *l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic. l. Pomponius 40. §. sed & is qui D. de procurat.* Quod si verè iustéq; pronunciatum est non potest sententia magis facere dominum eum qui iam sit dominus *§. sic itaque Inst. De action.* Sin malè ac per errorem, vt *in d. l. 35. §. 1.* non potest quod per errorem factum est effectum illum habere, vt prosit ad dominium transferendum cùm errantis voluntas nulla sit *l. si per errorem 15. D. de iurisd. l. sed hoc ita 20. De aqua & aqua pluu. arc.* quamuis non eo minùs vim suam & authoritatem habeat res iudicata, hactenus scilicet vt pariat exceptionem rei iudicatæ *l. seruo 65. §. cùm Prætor D. ad SC. Trebellian.* adeóque iudicem obliget vt eodem errore de fructibus quoque pronunciet *dict. l. 35. §. 1. De rei vindic.* Adeò autem verum est per huiusmodi sententiam erroneam non transferri dominium, vt neque vsucapiendi condicio transferatur si non etiam adiudicatio facta sit & quidem in vno ex tribus illis iudiciis in quibus voluit lex 12. tab. fieri posse adiudicationem, & per eam dominium trāsferri, id est in iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, vt constat *ex l. si per errorem 17. D. de vsucap.* Confutata itaque distinctione Bartoli, iam ad aliam veniamus, illorum qui in quæstione ista distinguunt vniuersalia iudicia à singularibus quæ vocant particularia, Vt in vniuersalibus quidem dominium per sententiam trāsferatur, In singularibus verò nō item. Cui distinctioni causam illud dedisse videtur quòd in aliis plerisque iuris partibus alia vniuersalium alia singularium iudiciorum ratio est. In vniuersalibus non putabat Proculus iustū esse vt fatum rerū quæ post litem contestatam perierunt possessor præstare teneatur, quod tamē in specialib. iustū esse admittebat, licèt Cassio reluctante & benè quòd ad personam bonæ fidei possessoris, quē æquum non est propter metū huius periculi temerè ius suū indefensum relinquere *l. illud 40. D. de hered. petit.* In vniuersalibus dicitur pretiū succedere loco rei & cōtrà, non etiā in singularib. *l. si & rē 22. & l. seq. eo. tit.* iunct. *l. idémq; 7. in fi. D. qui potior. in pign. hab. l. qui vas 48. §. vlt. De furt.* In vniuersalib. potest actio habere mixtā naturā vt sit & in rē simul, & in personam licèt diuersis respectibus *l. sed etsi 25. §. pen. D. de hered. petit. l. hereditatis 7. C. eo.* quod in iudiciis singularibus impossibile est, vt docuimus in Cōiecturis cùm emēdauimus & interpretati sumus *§. quædam actiones 20. Inst. de act. & in Err. 3. Decad. 94. sup.* Sed tamē quod ad propositā quæstionē pertinet, non est hæc distinctio probabilis. Nā & in petitione hereditatis cuius maximè iudiciū est vniuersale adeóq; centumuirale *l. vlt. eo. tit.* nihil aliud pronūciatur nisi hereditatem meam esse aut non esse, quæ pronunciatio si iusta est non facit me heredem cùm iam sim, si iniusta parit quidem exceptionem rei iudicatæ, at non quia fecerit me heredem sed quia me declarauit talem esse, & res iudicata pro veritate habetur, ex vulgata iuris regula. Heres namque nemo fieri potest nisi cui lex vel Senatusconsul-

tū, vel constitutio aliqua Principis hereditatē defert *l.1.2.& 3.D.eo.tit.* Sententia autem iudicis inter modos deferendæ hereditatis non est. Et verò, quomodo posset iudex heredem facere, cùm nec Prætor ipse possit? *§. quos autem Instit.de bonor.poss.* qui tamen magistratus est, & ad cuius iurisdictionem pertinet iudices dare *l.1.& 3.D.de iurisd.l.cùm Prætor 12.& pass.D. de iudic.* Sed & qui hàc distinctionem induxerunt, debuerāt saltem cum Bartolo subdistinguere an pro actore pronunciatum sit an pro reo. Nam si pro reo pronunciatum sit, Non quidem hereditatem ipsius esse sed quomodo pronunciari solet, Hereditatem non esse petitoris, cértum est non ideò posse videri translatum dominiū in possessorem hereditatis. Cùm fieri possit vt hereditas de qua controuertitur neque petitoris sit, neque rei, quemadmodum Caius disputat *in d.l.si inter 15.in fin.De except.rei iudic.* Denique cùm heres nihil aliud significet quàm dominum prisca Romanorum lingua, vt toties diximus *ex §.vltim.Inst. de hered.qualit.& differ.l.de hereditate 19.§.pater D.de castr.pecul.l.3.§. Pomponius adscit. D. de minor.* non magis fieri potest vt iudex à Prætore datus faciat dominum per sententiam quàm vt faciat heredē quod nec Prætor ipse, vt modò diximus, facere potuit *dict.§.quos autem Instit.de bonor.poss.l.qui vsumfructum 3.D.si vsusfr.pet.* Potuit quidem Prætor facere dominum bonitarium, id est vt res in bonis alicuius fieret in quibus anteà non erat *l.si finita 15.§.Iulianus D.de damn.infect.leg.2.§. vltim.D.si ex noxal.caus.agat.l.electio 26.§. vltim.D.de noxal.action.* Sed minùs propriè dominium illud appellatur, digniúsque est quod possessionis tantùm nomine donetur, vt *in d.l.qui vsumfructum* quia numquam aut sine possessione, aut aliter quàm per acquisitionem possessionis acquiritur, nisi cùm senatusconsulti potestas cōcurrit vt in restitutione hereditatis ex Trebelliano *l.facta 63.ad SC.Trebell.* In quo maximè differt à quiritiario & vero dominio quod plerunque acquiritur citra traditionem & possessionis apprehensionem *l.1.& 2. D.de public.in rem act.l.cùm pater 77.§.fundo l.legatum 80.de leg.2.l.cùm heredes 23. D. de acquir.poss.l.à Titio 64.D.de furt.* At cùm heredem dicimus dominum, quiritiarium & verum intelligimus, non bonitarium, qui tùm quoque cùm vniuersalis successor est, heredis tantùm loco est non heres *l.2.D.de bonor.possess.* Rursum nemo dixerit Iudicia Communi diuidundo & Finium regundorum esse vniuersalia cùm pro vno etiam fundo dentur. Sunt ergo iudicia singularia, & ex eorum numero quæ nostri barbarè particularia vocant, Et tamen certissimum est ex iis transferri dominium per sententiam quia in iis sententia continet adiudicationem *dict.§.vltim.Instit.de offic.iudic.dict.l.si per errorem 17.D. de vsucap.* Falsa igitur & nullius planè ponderis hæc distinctio est, quæ nec legis vllius nec rationis authoritate aliqua confirmatur. Nam qui loci ab interpretibus adferuntur vt probent dominium transferri per sententiam ad iudicia singularia pertinent non ad vniuersalia. De quibus iam dicendum est vt iis qui sententiam hanc nostram probare volent, omni ex parte satisfaciamus. Vnus locus est, ísque vt videtur omnium apertissimus *in l.3.§.item quæri potest.D.de reb. eor.qui sub tutel.* vbi quærit primùm Vlpianus, si fundus à tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur an oblata litis æstimatio alienationē pariat. Et magis est, inquit, vt pariat, Hæc enim alienatio non sponte tutorum fit. Quæ ratio summopere notanda est pro eorum confirmatione quæ superiore capite contra Tribonianum disputauimus circa *l.vltim.Cod.de fideic.libert.* Nam si quo casu fieri olim potuisset, vt petito fundo lis æstimari non deberet, sed fundus ipse in condemnationem deduci ac deinde tradi & restitui, maximè id obtinuisset eo casu quo

pupillaris

pupillaris fundus petitus esset, cùm sit ille omnium maximè inalienabilis, ex oratione Diui Seueri, nec cùm per tutores petitur ob eum finē petitur, vt eum alienent, sed vt is pupillo restituatur. Et rursum si quo casu admisisset Vlpianus, quod sub eius nomine à Triboniano scriptum est *in l. qui restituere 68. De rei vindic.* aufferendam manu militari possessionem ei, qui in iudicio vindicationis rem petitam restituere iussus à iudice cùm restituendi potestatem haberet, parêre noluisset, pro pupillo maximè & in fundo pupillari petito locum id habere debuisset. Cur enim deterioris condicionis esset pupillus, quàm cæteri, qui ferè in aliis omnibus est melioris? Et tamen vtrumque negat Vlpianus, & adhibendam manum militarem ad aufferendam possessori victo possessionem fundi pupillaris, & prohibendam huiusmodi alienationem quæ fit oblata fundi æstimatione, Cùm ait oblationem hanc & præstationem æstimationis parêre alienationem. Allata etiam hac ratione, quòd non sponte tutorum fiat. Nam imò verò sponte tutorum fieret, esfétque alienatio merè voluntaria, non autem necessaria si fuisset in potestate iudicis qui fundum pupillarem esse pronunciasset, fundum ipsum in condemnationem deducere ex Triboniani sententia & ratiocinatione *in dict. l. vltim. Cod. de fideic. libert.* Itémque in potestate tutorum implorare auxilium manus militaris ad cogendum possessorem iam victum parêre arbitrio iudicis & restituere. Iuxta *dict. l. qui restituere 68. De rei vindic.* Adiicit deinde Vulpianus, *Idémque erit dicendum & si fundus petitus sit qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum tutorésque restituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.* Ergo, inquiunt interpretes, transfertur hoc casu dominium, vt probat nomen alienationis quo non alius actus significatur, quàm per quem dominium transferatur *l. 1. Cod. de fund. dotal.* Et quidem per sententiam solam, vt ostendunt verba illa *propter rei iudicatæ authoritatem.* Sed obseruandum primùm est quod interpretes fingunt se non videre. Etiamsi verum esset, quod mox negabimus, transferri dominium fundi pupillaris in actorem qui per errorem aut per iniuriam iudicis pupillum vicisset. Non tamen id fieri potestate sententiæ, sed potiùs vi & potestate restitutionis quam à tutoribus factam esse Vlpianus ponit. Restitutio enim illa est quæ sicuti possessionem semper transfert, ita & cum possessione dominium transferre potest & solet cùm à possessione separari proprietas non potest, vt scriptum est *in leg. per procuratorem 8. Cod. de acquir. poss.* Quæ de causa factam fuisse fundi pupillaris restitutionem Vlpianus ait, Et similiter *in l. Pomponius 13. §. si iussu D. eod. tit.* ponit idem Vlpianus non tantùm præcessisse iussum iudicis, sed etiam secutam fuisse restitutionem, vt locum facere posset quæstioni De accessione possessionis, & de vsucapione. Quamquam nec bona consecutio est, vt per restitutionem quæ possessionem transtulit, translatum etiam sit dominium cùm nihil vetet proprietatem esse penes vnum, Possessionem verò penes alterum quia nihil commune habet proprietas cum possessione. Vulgat *l. naturaliter 12. §. nihil commune leg. penultim. eod. tit.* Vt in proposita specie post restitutionem fundi pupillaris à tutoribus factam possessio eius penes victorem reperitur, Dominium autem penes pupillum, qui neque per sententiam, neque per restitutionem quamuis ex iudicato à tutoribus factam dominium suum amittere potuit, quemadmodum in præcedentibus probauimus ex Papiniano *in l. 3. §. 1. D. de pignor.* eum qui per iniuriam iudicis vicit in iudicio vindicationis, tametsi res ei restituta sit nullam tamen pro illa re habere propriam actionem, qui tamen haberet vtique vindica-

tionem tanquam alius quilibet dominus, si per eam restitutionem dominium nactus esset. Tãtò magis autem in proposita specie id obtinet, quod fieri nequit vt non sit erronea sententia quæ fundum pupillarem declarauit esse alterius *d.l. & ex diuerso 35.§.1. De rei vindic.* Illi autem ipsi interpretes qui dominium per sententiam transferri volunt, excipiunt sententiam quæ per errorem lata sit vt videre est apud Andr.Fachin.*lib.1.Controuers.cap.62.in fin.*Quod si vt hunc obicem declines, malis ponere victum fuisse pupillum per iniuriam iudicis, Quæro cur plus valere debeat iniuria, quàm error iudicis, Aut cur deterioris conditionis debeat esse pupillus, qui per iniuriam quàm qui per errorem iudicis victus est, vt faciliùs vno casu quàm alio dominiũ amittat rei suæ? An non dignior est pupillus cui succurratur aduersus iniuriam, quàm aduersus errorem iudicis? Denique non fuisse apud Vlpianum rei pupillaris trãslatum dominium per sententiam vt interpretes volunt, ex eo quoque apparet, quod licèt Vlpianus dicat pronunciatum fuisse cõtra pupillum, & factam pupillaris fundi restitutionem, Attamen non ponit neque ponere potuit, factam esse restitutionem authoritate sententiæ & in executione iudicati, quia prius iudicatum in iudicio vindicationis nihil aliud continet nisi hoc vnum *Videri fundum esse petitoris.* De restituendo autem fundo nihil eiusmodi pronunciatione continetur. Sed post eam sequitur arbitrium iudicis de re restituenda habétque semper arbitrium illud pro comite iussum & imperium restituendi, cuius arbitrij & iussus potestate restitutionem posteà fieri necesse est si non malit is qui victus est offerre æstimationem & præstare quanti actor sua interesse in litem iurauerit, quasi pœnę nomine ob id quod iussui & arbitrio iudicis paritum non sit *dict.l.qui restituere l.si cùm dos 8.§.1.& l.seq.D.rer.amot.l.vltim.D.de fideiuss.*Ergo etsi tam verum esset quàm falsum est dominium rei petitæ in iudicio vindicationis transferri in petitorem, Adhuc tamen falsum esset translationem eam fieri per sententiam. Fieret enim potiùs per restitutionem. Restitutio autem non tam in executionẽ iudicati per quod nihil de facienda restitutione dictum fuerat, quàm vi & potestate arbitrij quod subsequi necesse est vt tandem possit iudex aut absoluere reum si arbitrio pareat, aut, si non pareat, cõdemnare *d.l.Pomponius 9.§.si iussu De acquir.poss.*In eo namque iudicio vindicationis vt in cæteris omnibus arbitrariis, tria hæc diligenter distinguenda sunt quoties pro actore pronunciatur, Iudicatum *Videri rem petitoris esse* Arbitrium & iussus de re restituẽdã, Postremò absolutio aut condemnatio quæ litem terminat. Quid ergo sibi vult Vlpianus cùm ait *in d.vers.idémque erit dicendum, nam & hîc valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.* Hæc enim verba sunt quæ interpretes omnes fefellerunt, quasi Vlpianus senserit fieri hoc casu alienationem & consequenter translationẽ dominij per solam sententiam & rem iudicatam. Respondeo nihil hîc Vlpianũ dicere aut sentire de translatione dominij quamuis de alienatione loquatur & separanda hæc esse si propriè ac partitè loqui velimus. Translatio quælibet dominij alienatio est, quomodo accipi debet quod scriptum est *in d.l.1. C.de fund.dotal.*Sed non omnis alienatio etiam translatio dominij est. Fateor solam omissionem adeóque translationem possessionis non esse alienationẽ *l. non alienat 119. De reg.iur.* Sed tamen fieri potest vt quis transferat in alium non modò possessionem, sed præterea etiam ius aliquod & quidem aliud quàm dominij, Vt puta si quis rem aliquam pignori dederit aut in feudum vel emphyteusim concesserit, Hæc enim omnia placet etiam alienationis appellatione contineri quamuis per huiusmodi contractus dominium nullomodo transferatur, ne bonitarium

quidem

quidem *l.vltim.C.de reb.alien.non alienand.* iunct. *l.pignori* 13. *D.de vsucap. l.* 1. *D. si ager vectig.* Nēpe quia his casibus desinit dominus posse de re sua pro arbitrio disponere quandiu durat ius possessoris, *d.l.*1.*l.debitorem* 15.*C. de pignor.* in quo tamen dominij præcipua vtilitas consistit vulg. *l.in re mandata* 21.*C.mandat. leg. qua ratione* 9.§.*hæ quoque res De acquir.rer.domin.* Sed & aliquando dicitur alienare is quoque qui id facit per quod ad alienationem perueniri possit & quidem in hoc ipso tractatu *De reb.eor.qui sub tutel.vel cur.sunt sine decret.non alien.aut suppon.* Tam enim contra orationem Seueri facit tutor qui fundum pupillarem obligat quàm qui vendit, Cùm eâdem oratione Seueri vtrumque prohibitum sit. Sed pignus ob hanc tantùm rationem quòd per mediam causam pignoris tādem ad distractionem perueniatur, siue de cōuentionali pignore agatur *Tit. De distract.pignor. D.& C.siue de prætorio Tit. De reb.author.iudic.possid.ser.venund.* aut *de iudiciali l.*2.*C.si in caus.iudic.pign.capt.sit.l.à Diuo Pio* 15.§.*in venditione & pass.l.debitoribus* 31.*D.de re iudic.* In proposita aūt quæstione, multò maior ratio est vt restitutionem fundi pupillaris à tutoribus factam qui in iudicio vindicationis succubuerint, pro alienatione accipiamus. Quoniam licèt dominiū translatū non sit in victorem [vt ex eo constat quòd adhuc vindicatio eiusdem fundi superest pupillo ipso iure, etiam contra victorem, quamuis si vindicet summoueri possit exceptione rei iudicatæ. Contra alium verò qui à victore ius nō habeat sine metu vllius exceptionis] inutile tamen remanet in persona pupilli qui eius rei nomine quandiu penes victorem erit neque actionem efficacem neque exceptionem vllam habere potest: Non actionem propter exceptionem rei iudicatæ quæ victori competit, & elidit actionem, Non item exceptionem quia post restitutionem non possidet: Exceptiones autem dentur possidenti tantùm, sicut actiones non possidenti. Proinde negari non potest, quin pupillus hoc casu licet rei suæ dominium quiritiarium retineat, desinat tamen habere rem illā in bonis suis, ex regula *l.rē in bonis* 52.*De acquir.rer.dom.* Vnde fit vt incipiat res esse in bonis victoris, qui scilicet si eius nomine conueniatur etiam à vero domino, exceptionem vtilem & efficacem contra eum habiturus sit quāuis si possidere desineret nullam propriam actionem habere posset *dict.l.*3.§.1.*De pignor.* Quid verò refert an pupillus post restitutionem iussu iudicis factam actionem nullam ipso iure habeat, an talem habeat quæ per exceptionem elidatur? *l.nihil interest* 112.*De reg.iur.* Non abs re igitur alienatus haberi debet fundus pupillaris qui à pupilli victi tutoribus fuit restitutus victori, cùm præter iacturam possessionis & commodorum omnium quæ possessionem sequuntur, nulla ei spes supersit rei recuperandę nullâque penitus efficax in eam rem actio. In eóque tota vis & authoritas rei iudicatæ consistit, non vt transferat dominium quemadmodum putant interpretes, sed vt præbeat victori ius fundi in perpetuum retinendi, quia parit exceptionem quæ perpetua est. Parit autem tùm quoque cùm per errorem aut per iniuriam iudicis contra verum dominum malè pronunciatum est *dict.l.*3.§.1.*De pignor.dict.l.seruo* 65.§.*cùm Prætor D.ad SC.Trebell.* Et consequenter stulta quoque nostrorum in hac quæstione distinctio illa est, An iudex rem actoris esse pronunciauerit per errorem an non. Neutro enim casu transfertur dominium, Vtroque autem nascitur exceptio rei iudicatæ. Sicut & illa quam supradicto loco adfert Fachineus an traditio aliqua sententiam secuta sit necne. Nam neque traditio nuda hunc effectum habere potest vt transferat dominium nullo præcedente titulo habili ad dominij translationem, cùm inter titulos habiles non sit sententia iudicis *l.numquam nuda* 31. *De acquir.rer.*

domin. neque vera esset interpretum opinio quam nos impugnamus, si traditio necessaria esset in executionem sententiæ. Traditioni enim accepto ferenda esset dominij translatio non sententiæ, Vt suprà de restitutione diximus, quæ nihil aliud est quàm hæc ipsa traditio quam Fachineus requirit. Denique si sententia verum debitorem liberare non potest à naturali obligatione *l. Iulianus verum debitorem 60. D. De condict. indeb.* quæ nihil nisi iuris gentium obligatio est *l. cùm amplius 84. §. is natura debet De regul. iur.* Quomodo fieri obsecro potest vt per sententiam adimatur, & transferatur dominium quod æquè est iuris gentium *l. ex hoc iure 5. De iust. & iur.* quódque non faciliùs tollitur quàm obligatio iuris gentium. Nam neque dominia neque obligationes acquiruntur aut amittuntur, aut transferũtur nisi certis & legitimis modis, inter quos nemo vnquam ex prudentibus numerauit sententiam iudicis. At neque Tribonianus ipse *in l. si fundus 16. §. si pluris D. de pignor.* vbi concludit debitorem sub pignore condemnatum in maiorem quantitatem, quàm quæ debebatur, liberare nihilominùs hypothecam si soluat id omne quod reuera debet quamuis non omne id, in quod fuit condemnatus. Totum enim illum §. Triboniani esse non Iureconsulti alio loco probauimus.

ERROR DECIMVS.

De sententia & lectione l. statuliberi à cæteris 29. §. Quintus D. de statulib.

ALTER hic, & ferè præcipuus locus est quo mouentur interpretes, vt putent ex sola sententia transferri dominium. Textus alioquin difficilis est & dignus de cuius lectione ac sententia separatiuì dicamus. Tractat ibi Pomponius ex Quinto Mucio quæstionem huiusmodi, Paterfamilias in testamento ita scripserat *si Andronicus seruus meus heredi meo dederit viginti* [sic enim legendum esse, non, vt vulgo, *decem* bene Cuiacius ex sequentibus obseruauit, nec frequentior in libris nostris quàm ex numerorum notis error occurrit.] Deinde de his bonis cœperat controuersia esse inter heredem testamentarium & eum qui se dicebat legitimum. Qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere contendebat, Alter qui hereditatem possidebat aiebat se testamento heredem esse. Benè omnia hucusque. Sequitur apud Pomponium *secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse.* Hic verò prima occurrit difficultas, quoniam sequentia ostendunt, imò verò in eo centumuirali iudicio victum fuisse heredem testamentarium, eundémque possessorem. Indéque dubitandi causa nascebatur, cùm Andronicus ea viginti millia quæ heredi dare iussus erat putaret se non nisi testamentario dare debere tanquam possessori & ei de quo solo poterat videri sensisse testator cùm in testamento condicionem adscripserat. Et pro herede legitimo non pro scripto dictam fuisse sententiam, apertè Pomponius exprimit, cùm ait *Labeo hoc quod Quintus Mucius scribit ita putat verum esse si reuera lege ab intestato heres fuit is qui vicit.* Et cùm statim pòst subiicit, *Nam si iniuria iudicis victus esset scriptus heres ex testamento.* Et rursum in illis

illis sequentibus *sed verissimum est quod & Aristo Celso rescripsit, Posse dari pecuniam heredi ab intestato secundum quem sententia dicta est.* Non potest igitur verum esse quod in præcedentibus legitur secundum eum dictam fuisse sententiam qui testamento aiebat se heredem esse. Et ideò Iacob. Cuiac. *lib.2.Obser. cap.* 7. emendandum ait esse hunc locum,& pro ea dictione *testamento* reponendum *lege*, vt appareat secundum eum dictam fuisse sententiam, qui se aiebat lege heredem esse, Testamentarium verò heredem victum fuisse. Verè quidem vt fatendum necessariò est sed non satis probabiliter. Quis enim sibi fingat tam imperitum librarium vt pro *lege* scripserit *testamento*. Librario enim error hic omnino imputandus est, non interpreti, cùm neque color aliquis iuris, neque reliquus contextus verborum huic errori suffragetur. Conuenientius ergo est vt pro *testamento* legamus *intestato*. Idem enim sensus est vtriusque dictionis, & vtraque coniungitur *in dict. versic. Labeo.* Procliuior tamen librario errandi occasio fuit, vt pro *intestato* legeret aut scriberet *testamento*, vt passim solet scribentibus in antithetis error facilè occurrere. Quamquam & librario & imperito etiam interpreti nonnullam erroris causam præbere illud potuit quod scriptum vidit *in versic. quapropter si viginti heredi scripto dedisset & res contra possess. rem iudicata esset illum in seruitute fore.* Nam cùm in præcedentibus dixisset Pomponius Andronicum voluisse pecuniam ei dare secundum quem dicta fuisset sententia, hîc verò ponatur data pecunia heredi scripto, Videbatur consequens vt ponendum esset vicisse illum qui testamento scriptus heres fuisset. Verùm animaduertere debuit, quisquis ille fuit qui textum corrupit, mutari speciem in *versic. quapropter.* Vt ex noua hypothesi & contraria quid in proposita respondendum esset clariùs intelligeretur. Idque ita esse apparet ex eo quòd in hac secunda hypothesi ponebat Quintus Mucius datam fuisse pecuniam heredi testamentario, Cùm tamen ab Andronico consultus fuisset cuinam potiùs dare pecuniam deberet quam adhuc neutri dederat an heredi scripto de quo solo sensisse testator videbatur, quamuis in iudicio centumuirali victus fuisset, An potiùs heredi legitimo & ab intestato, qui pro se sententiam obtinuisset: Quæ res me monet, vt putem mutilum esse Quinti Mucij responsum, cùm sequentia ostendant, non reliquisse Mucium indecisam quæstionem, sed ad eam apertè in fauorem legitimi heredis, secundum quem sententia dicta fuerat, respondisse, ac pro responsi sui confirmatione, vt doceret quantum in hac quæstione putaret tribuendum authoritati rei iudicatæ, subiunxisse in *vers. quapropter*, Adeò verum esse quod dixerat, soluendam esse pecuniam heredi legitimo secundum quem sententia dicta erat, vt si fortè festinantius eam soluisset Andronicus heredi scripto eidémque possessori hereditatis, contra quem posteà pronunciatum esset, dici oporteret manere nihilominùs eum in seruitute tanquam qui condicioni non paruisset. Et tamen si nihil addas aut suppleas, videntur præcedentia indicare quod negant sequentia, Quintum Mucium in id magis inclinasse, vt crederet nihil hac in re valere sententiam per quam legitimus hæres vicerit. Sic enim Andronici quæstio concepta erat. *Deinde Andronicus quærebat, si ipsi viginti dedisset* [hoc est legitimo heredi quē posuerat vicisse] *quoniā secundū eū sententia dicta est futurúsne esset liber an nihil videatur sententia qua vicit in eā re valere.* Quā loquēdi formula solent prudentes vti quoties in posteriorē quæstionis partē magis inclināt, quàm

in priorem, si aliud nihil respondeant. Quomodo hîc nihil aliud à Q. Mucio responsum legimus, cùm immediatè subiiciatur vers. *quapropter*, quo vel solo articulo demonstratur illationem eam esse ex eo quod proximè dictum & responsum fuerat. Quid enim possis verbo inferre ex eo quod non dixeris, quamuis cogitaueris? Et verò manifestum est in eo vers. quapropter mutari & inuerti ex parte casum propositum. Tantùm abest vt ad quæstionem Andronici respôdeatur. Certè quod sequitur apud Pomponium de nota Labeonis ad Q. Muciũ his verbis *Labeo hoc quod Q. Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is, qui vicit*, non ad responsum Q. Mucij super Andronici dubitatione referendum est, sed ad illationem de qua proximius *in d. vers. quapropter*, quod & denotat articulus *hoc* semper ad proximiorem clausulam referendus. Sequitur enim *nam si iniuria iudicis victus esset scriptus heres ex testamento, nihilominus eum paruisse condicioni ei dando & liberum fore*. Quæ verba, cùm præsupponant datam fuisse à statulibero pecuniam heredi scripto, quod in Andronici persona non contigerat qui de hoc solo dubitabat vtri potiùs dare deberet, impugnant aut saltem limitant euidenter illationem illam Q. Mucij, per quam probare volebat, Non aliter condicioni parêre posse Andronicum quàm si pecuniam heredi legitimo daret secundum quem sententia dicta esset; Nempe, quia etiamsi pecuniam dedisset heredi scripto antequàm fuisset ille côdemnatus, quo casu videbatur statuliber magis excusandus quasi bona fide & ex testamento ei soluere interim debuisset quem testator heredem scripserat, quiq; possessor hereditatis erat, Attamen non ideò condicioni paruisset, ideóque in seruitute nihilominùs maneret. Quasi sit hic casus vnus ex iis in quibus ex postfacto apparet, quid antè fuerit, vt *in leg. quædam 15. D. de reb. dub. l. qui res 98. §. 1. vers. rem autem D. de solut.* Cùm per sententiam posteà contra scriptum heredem redditam constet numquam fuisse illum heredem, ne tùm quidem cùm pecuniam accipiebat. Quantò magis igitur, inquiebat Mucius, dicendum est non posse Andronicum parêre condicioni si det pecuniam heredi scripto iam victo? Sic enim Mucius ratiocinabatur. Quid verò contra Mucium, Labeo? Impugnat non tam illationem ipsam, id est ratiocinationem & modum inferêdi, quàm illationis substantiam, id est quod in illatione continetur, Negat quod Q. Mucius dicebat, Non paruisse condicioni statuliberum qui scripto heredi pecuniam soluerit antequàm victus esset, si modò non nisi per iniuriam iudicis victum posteà eum fuisse constet. Ideóque contendit, nihilominùs liberum fore, Nimirum quia soluit bona fide possessori hereditatis, & heredi scripto qui non modò hereditatis possessor erat sed etiam verè heres, Qui licèt posteà per iniuriam iudicis victus fuerit, non tamen debet ea iniuria statulibero nocere, cui nihil potest imputari *l. si seruus plurium 50. §. 1. de legat. 1.* vbi pessimè Cuiacius tollit negationem quæ omnimodo retinenda est, vt vel ex hoc maximè loco constat. Nam quod contrà scriptum videtur *in dict. l. 3. in princip. De pignor.* sententiam contra heredem latam nocere legatariis & libertatis quamuis non noceat creditoribus, ad eum casum pertinet quo iustè nec per iniuriam iudicis victus heres sit, vt ratio illa Papiniani probat *cùm legata quidem aliter valere nõ possunt quàm si testamentum ratum esse constaret*, quomodo haud dubiè testamentum ratum est quod ipso iure valet. Valere autem necessariò ponendũ est quoties ponimus heredem qui in eo scriptus fuerat victum per iniuriam iudicis fuisse. Benè igitur Labeo Mucium notauit, quod indistinctè dixisset, Nihilomagis liberum fore illum qui heredi scripto posteà condemnato pecuniam dedisset:

ſet: Cùm adhibere diſtinctionem illam debuiſſet, An iuſtè, an per iniuriam iudicis victus heres fuiſſet. Sed an ideò totam Mucij ſententiam Labeo improbauit? hoc eſt, id quod ad propoſitam ab Andronico dubitationem reſpondiſſe Mucium credendum eſt, & in textu neceſſariò ſupplendum, Non alij quàm heredi legitimo qui vicit, dari pecuniam debere? Minimè verò. Manet enim certa veráque illa Mucij reſponſio in fauorem heredis legitimi ſecũdum quem pronunciatum eſt: Adeò vt neque adhibenda ſit hac parte diſtinctio illa Labeonis, an iuſtè, an per iudicis iniuriã ſcriptus heres victus proponatur. Semper enim poſſet imputari ſtatulibero qui pecuniã heredi ſcripto iam victo ſoluiſſet quãtumuis per iniuriam pronunciatum fuiſſet: Soláque illa quæſtio ſupereſſe poſſet, An qui heredi teſtamentario dare iuſſus fuerat poſſit ſoluere legitimo. Quod ſignificare videtur Pomponius cùm ad Labeonis notam ſubiungit *ſed eſt veriſſimum quod & Ariſto Celſo reſpondit, poſſe dari pecuniam heredi ab inteſtato ſecundum quem ſententia dicta eſt.* Sed tamen vt liberè fatear quidnam & quale hoc ſit, non poſſum intelligere. Nã cùm dicimus poſſe ſtatuliberum dare pecuniam heredi legitimo, ſupponẽdum neceſſariò eſt ratam manere ac validam dationem libertatis, quam tamen certum eſt non aliter valere poſſe quàm ſi teſtamentum quo libertas data eſt ratum ſit *d.l.3.in pr.De pignor.* Quod porrò ratum nec eſſe, nec videri poteſt ſi heres ſcriptus iuſtè nec per iniuriam victus ſit. Quid ergo ſupereſt obſecro, quod de libertate tractari poſſit, & de danda per ſtatuliberum pecunia ad conſequendam ex teſtamento irrito libertatem? Erit igitur illa diſtinctio hîc quoque adhibẽda, Vtrum ſcriptus heres per iudicis iniuriam victus fuerit, an iuſtè, vt ſi iuſtè, non ſit dubitandum quin debeat ſentẽtia nocere libertati *d.l.3.in princ. De pignor. d.l.ſi ſeruus plurium 50.§.1.de legat.1.* Niſi per heredis ſcripti contumaciam & quia ſe non defendit, fuerit ille condẽnatus *l.ſi per luſorio 14.§.1.De appellat.* aut niſi colluſerit cũ herede legitimo qui vicit, Quo caſu nocet quidẽ libertatibus & legatis ſententia ſi tranſeat in rẽ iudicatã, ſed tamen permittitur illis appellare ſi velint *d.l.ſi perluſorio in princ. l.à ſententia 5.§.1.eod.tit.* Nã & liti adeſſe poſſent ſi mallent quòd heredis fidem aut diligentiã ſuſpectam haberent *d. l.ſi perluſorio l.ſi ſuſpecta 29. D.de inoff. teſtam.* Extra quos caſus nulla ſupereſſe poteſt quæſtio de pecunia per ſtatuliberũ danda cui dari poſſit aut debeat, cùm libertas nulla amplius ſit quã ex pecuniæ datione conſequi ſtatuliber poſſit, Si verò per iniuriam iudicis heres teſtamentarius victus ſit, quoniam non nocet talis ſententia libertatibus neque legatariis, vt diximus. Eo demùm caſu quærendũ ſupereſt, An ſtatulibero permittendum ſit, vt pecuniæ dandæ condicionẽ, quam teſtator in perſona ſcripti heredis impleri voluerat, implere poſſit in perſona legitimi heredis qui in hereditatis petitione vicit, An potiùs dicendum ſit irritam eſſe libertatẽ, non tam vi & authoritate ſententiæ contra heredẽ ſcriptum latæ, quàm quod implendæ condicionis ratio nulla ſupereſſe videatur, cùm in perſona victi iam heredis teſtamẽtarij impleri amplius non poſſit. Et hoc certè verius eſt. Condiciones enim omnes etiam quæ in dando conſiſtunt adeò perſonales ſunt, vt impleri non poſſint in alterius perſona, quàm eius cui dandum eſt, licèt proponas eſſe perſonã ſerui, aut eius qui omnino ſit incapax nec teſtamenti factionem paſſiuam habeat. Id enim eſt quod ſolemus dicere, Implendas eſſe condiciones in forma ſpecifica *l. qui heredi 44. De condic. & demonſtr.* vbi dicitur, Eum qui heredi dare iuſſus eſt ſeruo alieno inſtituto, non domino dare debere, ſed ipſi ſeruo, quoniam ea quæ facti ſunt non tranſeunt ad dominum. Sicut è contrario qui do-

mino dare iussus est, seruo dare nõ potest,nisi dominus consentiat.Et *in l.Maeuius* 57.*eod.tit.*vbi ponit Iauolenus,Mæuio fundum legatum esse si Callimacho cum quo testamenti factionem non habebat testator, ducenta dedisset. Et ait condicioni parêre illum debere & ducenta dare,vt ad eum legatus fundus pertineat licèt nummos non faciat accipientis. Quid enim interest,inquit, vtrum tali condicioni parêre iubeatur an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere? Neque enim illud quod ad talem personam peruenturum est, testamenti iure capitur, sed mortis causa. Imò quod magis est, nec heredi permittitur implere condicionem, nec in persona heredis illius, de quo in condicione actum fuerat *l.à testatore* 109.*eod.tit.l.qui Romæ* 122. *§.Agerius De verbor.obligat.* nisi id expressim actum sit,vt heredi quoque liceat implere condicionem, vt *in l.2.C. de pact. int. empt. & vend.* Denique qui vni dare iussus est, numquam alteri dare potest. Ob eámque nimirum causam necesse fuit lege 12.tab.fauore conseruandarum libertatum nominatim constitui, vt statuliber qui pecuniam aliquam domino dare iussus esset si à domino alienaretur, etiã emptori dare posset, eíque dando ad libertatem peruenire, quemadmodum Vlp. noster in Fragmentis testatur *Tit.* 2. *De statulib.* quod & hic locus de cuius interpretatione tractamus significat, cùm ait *quoniam lex* 12. *tab. emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur, nec interesset quo genere quisque dominus eius fieret.* Est enim hic locus ex illo Vlpiani textu necessariò explicandus,Quod à vulgaribus interpretibus ignoratum,à viro doctissimo quàm optimè explicatum est. Ergo si is qui seruo alieno dare iussus est, domino dare non potest, adeóq; nec si heredi dare iussus sit,quamuis seruus heres ipse numquam esse possit,sed dominus per seruum *dict. l.qui heredi.* Iténque si in persona quoque illius cum quo testamenti factio non est dandi condicio impleri debet *dict. l. Mæuius,* Quis credat eum qui heredi scripto dare iussus est posse implere condicionem dando heredi legitimo de quo dici non potest cogitasse vnquam testatorem? Nisi fortè proponas in eo testamento adiectam esse clausulam codicillarem ad tuendam etiam ab intestato testatoris voluntatem,vt *in l.1.D.de iur. codic.l.vlt. C.eod.l.Lucius pen. §.vlt.de legat.*2. De quo tamen verbum nullum apud Pomponium. Atqui, replicat Cuiacius, heres quoque legitimus verè heres est non minùs quàm testamentarius *l.lege obuenire* 130.*De verb. signif.l.1. & 2. D.de hered.petit.* Andronicus autem iussus fuerat dare heredi. Verùm facilis responsio est, condiciones omnes testamentarias semper ex voluntate testatoris interpretandas esse *l.in condicionibus* 19.*l.pater Seuerianam* 101.*De condic.& demonstr.* Testatorem verò qui alium heredem scripsit, quàm quem legitimũ habiturus fuisset, & condicionem adscripsit libertati Andronici *si heredi viginti dares,* non de herede legitimo sed de testamentario solo & sensisse & sentire potuisse, In cuius tamen persona inutilis sit condicio cùm per sententiam victus est, quia heredi pecuniam dari testator voluit.Hic autem heres non est cùm res iudicata pro veritate habeatur, Nisi ponas per iniuriam iudicis victum eum fuisse. Quo casu cùm sentẽtia non debeat nocere libertati, vt diximus, quid impedit quominùs pecunia ei dari possit etiam posteà quàm victus est, si modò verè heres esse probetur? An ob id fortè deterioris condicionis esse debet, quòd victus sit quàm si factionem testamenti nullam habuisset? vt *in d.l.Mæuius.* Non igitur verum esse potest,quod hîc ex Pomponio concluditur, *& ideò hunc quoque ea lege contineri secundũ quem sententia dicta est, & liberum futurũ eum qui ei dedisset pecuniam.* Neq; enim lex duodecim tabularum emptoris nomine hunc heredem

heredem

heredē legitimum complecti potuit, licèt emptionis verbo alienationē omnē cōplexa sit. Alienationē namq; intellexit, quæ ab herede ipso facta esset, Ne alioqui in eius potestate maneret facere alienando statuliberū, vt libertas intercideret ablata ei potestate implendæ condicionis. Et in persona emptoris qui heres non esset ac de quo testator non cogitasset, & in persona heredis qui dominus non mālisset. Quare nō ad iuris recepti rationē, sed ad ius illud per duodecim tabularū legem constitutum referri debet quod scriptum est *in l. si statuliberia 6. §. statuliber. D. de statulib.* Statuliberū decem dare & liberū esse iussum si quinq; datis distractus sit, residua quinq; emptori dare debere. Itémq; quod *in §. seq.* si seruus tuus statuliberū emerit tibi deberē dari quod heredibus dare iussus est, Nēpe cùm emit ab omnibus heredibus quomodo emisse illū necesse est, vt totū emerit & acquisiuerit. Nā si duobus heredib. institutis seruus liber esse iussus sit *si decem heredibus dederit*, & ab altero ex heredib. venierit & traditus fuerit, pro parte tantùm alteri ex heredib. à quo nō venierit, dādo pecuniā liber erit *l. si duobus 32. eod. tit.* vbi nil necesse est addi quod plerique; addūt *& alia parte emptori.* Nā cùm supersit persona coheredis qui nec vēdidit, nec vēditioni consensit cui possit dari pecunia condicionis implendæ causa, licèt non debeat ei dari nisi pro parte, quia pro parte tantùm heres est, & dandæ pecuniæ condicio inter coheredes ipso iure scinditur per legem 12. tabul. nil necesse est vt det emptori, quia sufficit vt per eum non stet quo minùs totam pecuniam iis det quibus à testatore iussus fuerat dare: Et quamuis non dederit nisi partem pecuniæ, plenam tamen & integram libertatem consequitur, quæ pro parte acquiri ei non potest. Vt intelligamus ne quidem per legem 12. tabul. factum esse vt emptori omnimodo pecuniam dare statuliber debeat, Sed eo tantùm casu quo non aliter condicionem implere & ad libertatem peruenire statuliber possit. Non enim id egit lex 12. tabul. vt emptori consuleret sed vt statulibero, & libertati. At verò in ea specie quam Pomponius ex Mucio & Labeone tractat, omnia sunt dissimilia. An enim potest videri heres scriptus alienasse seruum & hereditatem totam ob id solùm, quod de hereditate victus sit per iniuriam iudicis? An vicissim pro emptore habendus est heres legitimus qui vicit inuitum & reluctantem heredem institutum? An fortè ius aliquod & causam aliquam habere potest ab herede scripto, quem pronunciatum sit nullum ius in hereditate habere, aut vnquam habuisse? An non potiùs à lege si iustè vicerit, & quia legitimus heres ab intestato reuera fuit, aut quodammodo à iudice si per iniuriam iudicis victus fuerit, aut per errorem? Fateor legem 12. tab. emptionis appellatione omnem alienationem cōplexam fuisse, Sed nego alienationem vllam fieri cùm à legitimo herede scriptus vincitur. Nego legitimū heredē succedere in ius & in locū instituti siue iure, siue iniuria vicerit. Nego in ipsius ergo persona impleri posse dandæ pecuniæ condicionē, quæ in persona scripti heredis ex testatoris voluntate impleri debuerat. Neque verò possum mihi persuadere aut Q. Mucium, aut Labeonem, aut denique Pomponium contrà sensisse. Nam quod ad Q. Muciū pertinet, nihil est apud Pomponium quod facere debeat, vt putemus heredi legitimo pecuniā dari eū voluisse. Imò potiùs, vt iam attigi, cùm posteriorem quæstionis propositæ partem ita conceperit *an nihil videatur sententia, qua vicit, in eam rem valere,* ostēdit satis in id se procliuiorem esse, vt putet hac in re, id est quod ad causam spectat implendæ condicionis nihil ei prodesse debere quod vicerit, siue iustè, siue per iniuriam iudicis. Et cùm addit *quapropter si viginti heredi scripto dedisset & res contra pos-*

Iii ij

sessorem iudicata esset illum in seruitute fore. Non id sibi vult quod vulgò creditur, Potiorem legitimi heredis qui vicit, quàm instituti qui victus est condicionem esse debere. Sed vt tantò magis probet statuliberum hunc libertatem consequi nullomodo posse, Ait nihilominus liberum fore illum, etiamsi heredi scripto pecuniam dedisset quamuis ante sententiam: Non quasi pecunia heredi legitimo dari potuerit aut debuerit ad condicionem implendam [quod si esset, facillimè Andronicus libertatem consequeretur, saltem soluendo iterum legitimo heredi] sed vt clariùs appareat intercidere libertatem cùm neutri pecuniam dare Andronicus possit, Non heredi legitimo, quia in eius persona condicio adscripta non est, sed in persona heredis scripti. Non etiam heredi scripto quia licèt per sententiam heres esse non desinat, nisi si fortè in querela inofficiosi victus esset *l.ex facto 43. §. vltim. D.de hered. instit. l.in substitutione 31.De vulg.& pupill.substit.l.circa 19. De inoff.testam.* cùm tamen iustè victus est, apparet eum neque heredem, neque dominum vnquam fuisse ac proinde in eius persona condicionem impleri numquam potuisse. Nec dubitandum est, quin idem senserit Mucius, quod Labeo, Ita hoc accipiendum si reuera legitimus & ab intestato heres fuerit is qui vicit. Nam si per iniuriam iudicis, nulla ratio est cur ei non possit dari pecunia, qui reuera heres fuit, quique etiam post sententiam heres manet: Idque siue pecunia data sit ante sententiam, siue pòst, cùm sententia hoc casu non noceat libertati, adeò vt nec statulibero necesse sit appellare. Tunc enim appellatio necessaria est, cùm alioqui sententia paritura esset exceptionem rei iudicatæ, vt *in dict. l. à sententia 5.§.1.l.si perlusorio 14.in princ. D.de appellat.*Sed tamen probare debet heredem scriptum per iniuriam iudicis victum fuisse. Quod in dubio præsumendum non est. Ideóque nec valde succensendum arbitror Mucio qui hanc Labeonis distinctionem prætermiserit quam nec Papinianus adiecit *in dict. l.3. in princip.D.de pignor.* quasi sufficiat dixisse, Victum esse heredem scriptum, vt præsupponatur iustè victum fuisse. Videtúrque Papinianus hanc ipsam Mucij sententiam insinuare cùm scribit, *Atquin aliud in legatis, & in libertatibus dictum est*, Scilicet à veteribus, inter quos fuit nobilissimus Q. Mucius Scæuola, ex cuius vnius scriptis fragmenta nobis aliqua supersunt, eáque perpauca. Quominùs videri mirum debet, quod suprà diximus intelligendum Papinianum de eo casu, quo scriptus heres victus sit iure, non iniuria. Cur non enim liceat nobis ad Papinianum notare illud ipsum quod Labeo ad Q.Mucium? Sed & quod per aduersatiuam scriptum est in vers. *Sed verissimum est quod & Aristo Celso rescripsit posse dari pecuniam heredi ab intestato secundum quem sententia dicta est*, non obscurè innuit aliud existimasse Quintum Mucium, itémque Labeonem, scilicet non posse dari pecuniam heredi legitimo, nec si iure vicerit. An ergo dicemus in iure tam aperto dissentiisse Pōponium à cæteris? At si ita est, Existimauit igitur Pomponius, Et valere posse libertatem ex testamento nullo vel irrito, Et præsupposita libertatis validitate, In alterius persona dandi condicionem impleri posse quàm de quo testator dixerit & senserit. Quod vtrumque falsissimum est, & à iuris ratione alienum. Dicam igitur, quod res est, ab illo versic. *sed verissimum est*, ad finem vsque legis, omnia esse Triboniani, suam in iure nostro inscitiam si quo alio vnquam loco, manifestissimè hîc prodentis, & argumēto legis 12.tab. stolidissimè abutētis, vt heredē legitimū in cōparationē victi testamētarij, haberet pro eo qui à vero herede

emisset.

emisset, Quasi alienata videri possit hereditas quam pronunciatum est ad legitimum heredem pertinere non ad testamentarium qui anteà ipsam possederat. Eandémque Triboniani infantiam illud etiam detegit, quod in fine legis subiicit, *hunc autem, id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum caeteris eam quoque pecuniam victori restituere debere.* Nam neque hoc ex ratione iuris defendi potest, vt heres scriptus teneatur heredi legitimo qui vicerit restituere, quod à statulibero accepit implendæ condicionis causa, cùm non tam iure testamenti & ex iudicio testatoris, quàm mortis causa id cœpisse dicatur *dict. l. Maeuius* 55. *D. de cond. & demonstr. l. si quis sub condicione* 8. *in fin. D. si quis omiss. caus. testam. l. qui precio* 8. *D. de mort. caus. donat. & capion. l. nec vllam* 13. *§ sed et si retenta D. de hered. petit.* Et quamuis accepisset & iudicio testatoris, Non tamen necessaria esset consecutio, vt ideò cogeretur eam pecuniam reddere legitimo heredi. Quid enim aliud cogendus sit heres scriptus, idémque victus restituere legitimo, nisi quòd habiturus fuisset legitimus si testamentum nullum conditum fuisset, aut ex eo testamento heres nemo? Atqui si testator nullum testamentum fecisset, aut si scriptus heres non adiisset, nihilomagis pecunia statuliberi ad legitimum heredem peruenisset, quia non potuisset, vt diximus, in eius persona statuliber implere condicionem, imò nec testamentariam vllam sperare & directam libertatem *dict. l. 3. in princip. De pignor. l. 2. §. 1. D. de iur. codicill. l. si nemo* 9. *D. de testam. tutel.* Nulla ergo iniuria fiet legitimo heredi, quamuis non cogatur heres institutus, idémque victus pecuniam ei reddere quam à statulibero accepit. E contrario fiet iniuria heredi scripto si cogatur id reddere quod habuit implendæ condicionis causa & mortis causa potiùs quàm iure testamenti. Nec tam iure hereditatis, quàm occasione hereditatis, & quidem non quatenus hereditas esset, sed quatenus testamentaria. Adeóque si verum amamus non tam occasione hereditatis, quàm per errorem & imperitiam cùm valere testamentum crederetur, vt *in l. debitor* 59. *§. vltim. D. ad SC. Trebellian.* qui textus in hanc rem accommodatissimus est. Nam licèt non quicquid venit in petitionem hereditatis veniat etiam in restitutionem fideicommissi, vt in fructibus cernere est *l. item veniunt* 20. *& pass. D. de hered. petit.* iunct. *l. in fideicommissariam* 18. *ad SC. Trebellian.* Difficilius tamen est vt legitimo heredi restituere debeat testamentarius id quod occasione testamenti acceperit, quàm vt heres grauatus restituat fideicommissario. Tam enim grauatus heres quàm fideicommissarius succedunt ex eodem iure, id est ex eodem testamento & ex eiusdem testatoris voluntate. Heres verò legitimus & testamentarius diuerso penitus iure, & ita diuerso vt nec simul possint vnquam succedere, nec vnus post alium cùm causa testati semper impediat causam intestati & contrà, Excepto singulari casu *l. si quis ita* 82. *De hered. instit.* Quamuis si statuliber implendæ condicionis causa soluerit pecuniam hereditariam, possit ea res inducere petitionem hereditatis, quia pecunia hereditaria est, vt contra Papinianum pro Sabino disputat Vlpianus *in dict. §. sed et si retenta.* Hæc cùm ita sint, non est quod ii qui contra nos defendunt, Ex sententia transferri dominium ipso iure, locum hunc Pomponij nobis obiiciat, in illis verbis *nec interesset quo genere quisque dominus eius fieret,* quasi sensus sit nihil interesse, an dominus quis fiat per hereditatem, an per sententiam, & quasi eadem sit potestas sententiæ quæ hereditatis ad faciendum heredem & dominum. Nam præter id quod ostendimus, totam hanc sententiam Triboniani esse non Pomponij, Etiamsi maximè Pomponij esset,

nihil tamen authoritas eius nobis noceret. Sensus enim esset, Nihil interesse non an per hereditatem, an per sententiam quis fiat heres, quem certum est nisi per hereditatem fieri non posse *l. filius familias* 18. *D. ad leg. Falcid. l. 1. & 2. D. de castrens. pecul.* Sed an ex testamento, an ab intestato quis heres sit, quia tam hic quàm ille heres est: sed tamen neuter per viam alienationis, qui casus est quem lex duodecim tabularum de emptione locuta demonstrauerat: Denique cùm Pomponius ex Q. Mucio & Labeone tractet casum illum quo scriptus heres iure victus sit à legitimo, Non potest fieri, vt in legitimum heredem per sententiam dominium aliquod transferatur à scripto herede, qui nullum vnquam habuit. Sed habet legitimus heres totum ius suum à lege quæ cùm detulerit ei hereditatem, quam ipse adeundo sibi acquisiuit. Vtique tam fuit heres & dominus ante sententiam quàm post victoriam, nec adiicere quicquam potuit sententia etiam quæ transierit in rem iudicatam, nisi vt hereditatis controuersiam pati amplius non possit à scripto herede. Quamuis libertatibus & legatariis integrum sit probare si possint scriptum heredem per iniuriam iudicis victum fuisse, vt non noceat eis res iudicata. *Ex dict. l. si seruus plurium* 50. §. 1. *De legat.* 1. Longiores equidem in huius loci interpretatione fuimus, ne partem interpretationis in Decadem sequent. reiicere cogeremur. Sed non potuit tam obscura & elegans quæstio, tam malè à veteribus & recentioribus interpretibus tractata, & quæ tanta luce indigebat, paucioribus explicari, ne quis dubitandi scrupulus superesset.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.

DECAS XCIX.

ERROR I.

De laudimiis ex datione in dotem debitis.

VARIÆ sunt nostrorum distinctiones & sententiæ in quæstione illa sæpius in foro & scholis agitata, Vtrum pro ea re quæ in dotem siue à patre, siue ab alio data sit, laudimium aliquod debeatur. Etsi enim stricti iuris ratio repugnare videtur quominùs feudum vel emphyteusis in dotem dari possit domino præsertim irrequisito vel non consentiente *Cap.1.§.donare Qualit. olim poter. feud.alien.in vsib.feud.lib.2.* Iam tamen obtinuit fauore dotium, vt possit, Non solùm apud nos qui ex generali cõsuetudine bona omnia feudalia & emphyteuticaria pro allodialib. habemus sed etiam apud cæteros qui iuris feudalis & emphyteutici naturã & regulas retinuerunt. Eo saltem casu quo alia bona allodialia nulla sint, quæ in dotem dari possint: Quo casu etiam statutum apud nos extat, De feudalibus quoque bonis ex hac causa obligandis & alienandis. Sed etsi consensus domini, vt vocant directi exigendus esset, ac ante omnia requirendus ex Iustiniani constitutione *in l.vltim.Cod.de iur.emphyt.* adhuc tamen fieri posset locus propositæ quæstioni de laudimio. Solet enim domini saluis iuribus suis cæteris consentire, vt *in l.4.§.1.quib.mod.pign.vel hyp.soluit.* nec consensum domini interuenisse ad aliud proficit, nisi vti ne commisso locus esse possit. Prima opinio est distinguentium, An feudum detur æstimatum & quidem tali æstimatione quæ faciat emptionem, an verò inæstimatum, Vt hoc posteriore casu & requirendus sit consensus domini & solui debeat laudimium, Priore verò contrà, neque requiri consensum domini, neque laudimium ei solui oporteat. Ita Specul. ex quorundam veterum quos refert sententia, in *Titul. de locat. §. nunc aliqua versi.* 110. Hostiens.in summa eiusd. *Titul. De locat. §.quid sit de natura, vers. numquid ergo.* Guid.Pap. *quæst.*40. Aufrer.*ad Decis.Capell.Tholos.* 278. Eámque communiorem esse interpretum opinionem testatur Amed. à Pont. *quæst.* 29. post Stephan.Betr.*consil.*380. incip.*Duo sunt volum.2.* & Andr. Tiraquell.

De retract. gentilit. §.1.*glos.*14.*num.*95.*&* 108. Alij magis probant vt indistinctè dicendum sit, Pro re in dotem data laudimium nullum deberi. Quam sententiam mordicus defendit Iason *ad dict. l. fin. num.* 49. *Cod. de iur. emphyt.* & rationem adfert quòd alienatio hæc sit necessaria, Cùm necesse sit dotes dari, vt possint mulieres nubere ad propagandam & replendam liberis hominibus ciuitatem. In quo præcipuus quidam reipublicæ fauor elucet *l.* 2. *D. de iur. dot. l.* 1. *D. solut. matrim. l. interest* 18. *D. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l.* 3. *De priuil. credit.* Sunt & qui aliam rationem adferant. Quòd dos succedat loco legitimæ, quam potest filia capere in corporibus hereditariis *l. scimus* 36. §. *repletionem Cod. de inoffic. testam.* Sicque ratiocinatur Io. Paponius *in syntagm. lib.* 13. *Titul.* 2. §. 24. *&* 33. Addunt alij distinguendum esse an bona alia sint allodialia, quæ in dotem dari potuerint, vt si nulla sint, procedat eo casu sententia Iasonis, si verò sint aliqua, secus dicendum sit quòd necessaria videri non possit alienatio bonorum feudalium vel emphyteuticorum quoties alia supersunt, in quibus cõstitui dos possit. Ita Crauet. *cons.* 215. *num.* 6. *& seqq. Ex not. per DD. in cap. potuit. Extr. de locat. Per text. in* §. *emphyteusim Nou.* 7. *De non alien. & permut. reb. eccles.* Exemplo eius quod alias dici solet de bonis fideicommisso subiectis non posse dotem constitui, si ex aliis possit, vt tractat Corneus *consil.* 3. *lib.* 3. post nostros ad *Auth. res que Cod. commun. de legat. ex l. mulier* 22. §. *cùm proponeretur D. ad SC. Trebell.* Addit ibidem Crauet. *num.* 8. Interdum tamen etiamsi alia bona sint allodialia, permittendum esse patri, vt de bonis feudalibus vel emphyteuticis filiam dotet, Nimirum quoties filia est ex personis in inuestitura comprehensis, & ad quam post mortem vasalli vel emphyteutæ res erat peruentura. *Ex tradit.* per Ias. *in d. l. fin. col.* 12. *vers. Secundò iuxta proximam quæstionem quæro*, & Rip. *in l. qui Romæ* §. *duo fratres De verb. obl.* Adeò vt nec aliud hoc casu dicendum existimet, etiamsi alienatio sit voluntaria. Sunt denique qui distinguant, Vtrũ dos detur ab eo qui dotare tenebatur an ab alio, vt priore tantùm casu procedat eorum sententia qui pro re in dotem data laudimium deberi negant, non etiam posteriore, quia non tantùm fauore dotis nitatur communis sententia, sed illa etiam potissimùm ratione quam diximus, quòd ex causa omnino necessaria fieri videatur, cùm neque frater, neque alius quilibet extraneus dotem dare prohibeatur si velit, quamuis vt det inuitus cogi non possit. Fuitque olim hæc vna ex differentiis dictæ & promissæ vel datæ dotis. Dotem enim dicere, certis tantùm personis concessum erat, Promittere verò vel dare dotem cuilibet licebat. eáque dos aduentitia dicebatur, & specialiori nomine receptitia si eam extraneus sibi reddi stipulatus esset, vt Vlpianus in Fragmentis testatur *Tit. De dotib.* eiúsq; veteris iuris vestigium extat *in l. promittendo* 41. *D. de iur. dot.* Nec desunt rursum qui in ea quoque dote quam pater dederit, distinguendum existimẽt, an dederit eam filiæ, an genero, vt si filiæ laudimium nullũ debeatur, secus si genero, quia tunc supradicta distinctio adhibenda sit, An res in dotem data fuerit æstimata, an inæstimata. Et ita sentit Amedeus à Ponte *d. quæst.* 29. quamuis Crauetta supradicto *consil.* 215. *num.* 2. hanc distinctionem nolit admittere. Quasi ex causa dotis omnimodo transferatur dominium, siue dotem pater det filię *ex l. Pomponius Philadelphus* 35. *D. famil. ercisc.* siue genero, vt *in l. doce* 9. *C. de rei vindic.* Miror ego nec satis mirari possum in tanta opinionum & Doctorum varietate, neminem dixisse quod meo equidem iudicio dicere oportuit, Ex omni contractu dotali si modò res dotales traditæ sint, translatámq; earũ dominium, perinde atq; ex alia qualibet dominij translatione, laudimium deberi.

Mouet

Mouet me perpetua illa ratio quæ in superioribus Decadibus tam sæpe à nobi repetita, & inculcata est, quòd ex omni translatione dominij per quam nouu vasallus aut emphyteuta constituatur, laudimium deberi certum est, Non in spectо eo, An consensus domini ad transferendum dominium requirendu fuerit, necne: Aut an alienatio necessaria fuerit, an voluntaria, Quòd huiusmo di distinctiones ad commissi potiùs, quàm ad laudimij causam pertineant. At qui certum est ex causa dotis quæ bene constituta sit traditione rei dotalis se cuta dominium transferri in maritum qui dotem accipit, vt habeat vnde fera onera matrimonij *d.l.doce* iunct.*l.pro oneribus* 20.*C.de iur.dot.& Tit.quib.alien licet vel non Instit.in princip.* Etsi enim soluto matrimonio dos data & tradita ad eum qui dedit plerunque reuertitur, puta ad patrem si dos profectitia sit *l. iur. succursum* 6.*D.de iur.dot.l.dos à patre* 4.*C.eod.* aut etiam ad extraneum si sit re ceptitia, aut denique extra hos casus ad mulierem ipsam, siue ex stipulation expressa, siue ex tacita quam ei Iustinianus dedit *in l.vnic.C.de rei vxor.act.* doti tamen causa perpetua est, quia datur eo animo & voto, vt penes maritum per petuò remaneat, inquit Paulus *in l.1.D.de iur.dot.* quod non aliã ob causam mo nitũ Paulus voluit, quàm ne dubitari posset quin dominium rei dotalis in mari tum transferretur, quod transferri non solet ex causa temporali, vt ex illo Paul loco bene Iacob. Cuiacius notauit. Ac quamuis plerisque iuris locis scriptũ si dotem esse mulieris non mariti *l.quamuis* 75.*eod.tit.l.si constante* 24.*§.si maritu D.solut.matr.* Id tamen ita accipiendum esse constat, vt dominium rei dotalis quod est mulieris, sit nudum Quiritiarium, Bonitarium verò ad maritum so lum pertineat, ita vt si quando in vindicatione cum eo mulier velit concurre re, sit ille mulieri præferendus *d.l.quamuis & d.l.doce*, quemadmodum alio lo co explicauimus, aut vt rem dotalem à dote distingui oporteat, & res quidem dotalis in dominio sit mariti, Dos tamen ipsa sit mulieris, quæ sola dotata dic potest, non maritus. Est enim dos ius quoddam vniuersale, quod penes mulie rem residere nihil vetat ne alioqui dicendum esset mulierem quæ dotem mari to daret hoc ipso indotatam fore, quod esset ridiculum *l. apud Celsum* 4. *§. sed etsi* 21.*D.de doli mal.excep.* Nã quod sequitur in *§.apud Iulianum* 22.*ead.lege*, re pelli posse maritum exceptione doli ex persona mulieris. Propterea quòd do quam ab herede soceri petit, intelligatur quæri filiæ quæ per hoc dotem sit ha bitura, quasi nullũ mariti ius sit in dote, sed mulieris duntaxat, ad eum casum o mnino restringendum est quo maritus agat de dote post diuortiũ, aut aliter so lutum matrimonium, vt *in l.purè* 5.*§.si eum eod.tit.* Ne alioqui obstet quod scri ptum est *in d.l.sed etsi & d.§.si eum*, Nulla exceptione repelli posse maritum e persona mulieris, cùm is petendo dotem nõ tam mulieris, quàm suum negoti gerat, qui non fuerat indotatam vxorẽ ducturus. Quod & satis apertè Iulianu expressisse mihi videtur, cùm duobus locis tractãs de muliere subiunxit *cui pe cunia quæreretur.* Non enim mulieri sed mariro acquireretur pecunia quam e causa dotis maritus peteret constante matrimonio, ideóque nec doli exceptio ne repelli posset ex persona mulieris. Quamuis tùm quoque cùm agit post di uortium proprij doli exceptione repellendus sit *dict.§.apud Iulianum in fin.* vb quod additur *licèt videatur nulla dos filiæ vt ait quæri*, euidenter mendosum es legendũmque *illa* pro *nulla*, vt constat ex præcedentibus in quibus eadem Iu liani sententia relata fuerat, illo loco *intelligitur inquit filiæ acquiri.* Quo verbo *intelligitur* & sequenti illo *videatur*, satis innuit Vlpianus, acquiri reuera pecu niam marito, mulieri verò minùs propriè ac non nisi velut in consequentiam

& ex causa quadam lucratiua, cùm tamen ad maritum pertineat ex causa onerosa *l. vlt. §. si à socero D. qua in fraud. credit. l. ex promissione 19. D. de oblig. & act.* Vnde fit vt in omnibus de dote quæstionibus magis spectanda sit persona mariti quàm mulieris *d. l. doce l. Titia 62. D. de iur. dot.* Planéque peruersa est Triboniani Iurisprudentia *in l. in rebus 30. C. eod. tit.* cùm ait dominium rerum dotaliũ, mera quidem iuris subtilitate transire in maritum, sed tamen reuera esse mulieris. Cùm è contrario debuisset potiùs dicere, Earum dominium esse reuera solius mariti, Iuris verò subtilitate esse mulieris quæ habet nudum quiritiatiũ, tenẽte marito bonitarium, Adeò vt etiam post solutum matrimonium esset olim necessaria mulieri actio de dote ad repetẽdam dotẽ, nec posset authoritate propria nancisci possessionem rerum dotalium inuito marito si matrimonium diuortio solutũ fuisset, aut inuitis vel ignorantibus mariti heredibus si morte mariti, Multò minùs heredes mulieris si ea marito prędecessisset *l. dotis actione 9. & pass. C. solut. matrim.* Tantùm aberat vt posset mulier res dotales vindicare tãquã suas priusquàm fuissent ei restitutæ, & per retrotraditionem à marito vel mariti heredibus factam acquisitæ. Vt proinde dubitari non possit, quin à iuris ratione omnino alienum sit quod sub Iustiniani nomine Tribonianus induxit *in d. l. in rebus*, vt rerum dotalium vindicationem habeat mulier quasi suarum propriarũ soluto matrimonio citra vllam dotis restitutionem: sicut & illud quod cùm directa dominij vindicatione vult concurrere posse hypothecariam. Vt si quis velit admittere dominium esse mulieris, det ei vindicationem, si negare, saltẽ hypothecariam ei concedat. Id enim est quod lex ait *vt siue ex naturali iure eiusdẽ mulieris res esse intelligantur, siue secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam peruenisse videantur.* Quibus verbis ostendit planè se nescire vtrum potiùs dicendum sit, & tamen quasi vtrumque simul dici possit, Et mulieris esse & non esse, quæ sunt contradictoria. Vtramque dat ei actionem & vindicationem dominij & hypothecariam, sed tanquam optimo ad contradictionem euitandã tẽperamento, diuersis respectibus. Vindicationem scilicet tanquã dominæ & hypothecariam tanquam non dominæ cùm nemini res sua possit esse obligata *l. neque pignus 45. De regul. iur.* Nec videt contradictionem in eo semper manere quod hoc ipso vult, Eam rerum dotalium dominam & manere, & non manere. Nam si manet, quomodo potest habere hypothecariam, si non manet, quomodo vindicationem? Denique quomodo manere, & non manere? Hîc nimirũ applicanda esset diuersorum respectuum distinctio, ne videri possent ista contradictoria, qualia certè sunt. Nec debuit Tribonianus hac parte opponere ius naturale rationi iuris ciuilis, quam ille subtilitatem legum vocat, Cùm si ius naturale ille intellexit, quod distinctum sit à iure gentium, defendi ea propositio nõ possit quia iure naturali erant omnia communia, nec nisi à iure gentium cœpit distinctio dominiorum *l. ex hoc iure 5. De iust. & iur.* si verò ius naturale dixit pro iure gentiũ, æquè falsum est, iure naturali manere res vxoris quæ siue à muliere ipsa, siue ab alio pro muliere traditæ sint marito. Quid enim tam rationi naturali conueniens est ex qua vna ius gentium æstimatur, quàm voluntatẽ domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res De acquir. rer. domin.* Rursum quî fieri obsecro potest vt rerum dotalium dominium habeat mulier quas aut pater aut alius extraneus quilibet rectà tradiderit marito, non interposita mulieris persona. Nam & ita plerumque fit, & quod magis est, ita fieri omnino necesse est cùm dos à patre datur, quippe qui si dotem tradat ipsi filiæ ac non potiùs genero nomine filiæ nihil agit, propterea

Digitized by Google

pterea quòd ius patriç potestatis impediat ne aut obligatio aliqua intra patrem & filiam contrahi possit *l.imperator* 50.*D.ad SC. Trebell.* aut dominium à patre in filiam transire *l.2.Cod de inoffic.donat.l.siue emancipatus* 17.*Cod.de donat.l.donationes* 31.*§.pater D.eod.* Idque omnium optimè probat Papiniani responsum illud elegans quod extat *in dict.l.Pomponius* 35.*famil. ercisc.* licèt eo passim nostri abutantur, vt defendant donationem & traditionem inter patrem & filiam ex causa dotis valere, quod nos in secunda Chiliadis huius parte ex professo cõfutauimus pluribus, & verum Papiniani sensum aperuimus. Debuerat igitur Tribonianus ad eum saltem casum restringere constitutionem, quo res dotales aliquando & ab initio, vt ipse loquitur, mulieris fuissent, id est cùm mulier ipsa dotem dedisset ac res suas dotis nomine marito tradidisset. Numquam enim mulieris fuisse dici possunt eæ res quas aut pater aut alius marito primùm tradiderit, non per mediam filiæ personam, Nisi fortè hoc quoque priuilegium mulieribus ac dotibus dare volumus, vt dominium quod ex causa dotis per traditionem marito factam marito acquisitum est ipsi etiam mulieri acquisitũ intelligatur: Quod etiamsi maximè quis sine lege ac ratione facere velit, numquam tamen persuadebit posse hoc admitti cùm pater nomine filiæ dotem genero dedit & tradidit, vt *in dict.l.Pomponius*, Ne alioqui traditio marito facta quam fingeremus factam mulieri plus posset ficta, quàm posset vera quæ si à patre facta esset filiæ, nullum vt diximus in eam dominium transferret. Ex quo etiam intelligimus quàm verum sit quod suprà dicebamus, separandam esse in hac dominij quæstione causam dotis à rebus dotalibus. Nam cùm pater nomine filiæ dotem genero dedit & tradidit, filia quidem ipsa est quæ habet dotem [quis enim hoc casu eam indotatam dicat?] & tamen dotalium rerum dominium ad solum maritum pertinet, quod in mulierem à patre etiam volente trãsire nullomodo potest. Vnde petenda videtur elegans dubitãdi ratio ad *l.etiamsi* 8.*Cod.de iur.dot.* vbi mater quæ dotem pro filia dederat, pacta erat, Moriente in matrimonio filia, non dotem sibi reddi, quomodo stipulari debuerat, sed vt ea quæ in dotem dederat matrem sequerentur & ad eam pertinerent. Quæ stipulatio inutilis videbatur cùm de dote ipsa restituenda non de rebus dotalibus interponi debuisset. Itaque non nisi ex æquitate stipulationem hanc Gordianus valere rescribit. His igitur ita constitutis, concludimus, Ex dotis constitutione ac traditione marito facta per eum qui dominus fuerit, sicuti dominium transfertur in maritum, ita & laudimium à marito deberi domino directo. Sed si fundus dotalis à patre traditus esset ipsi filiæ, non genero, aliud probarem quia cùm nulla hoc casu fiat translatio dominij neque in filiam obstante iuris potestate, neque in maritum quia traditio ei facta non sit à patre, licèt maritus etiam ex voluntate & mandato soceri eius fundi fructus & reditus exegerit, vt *in dict.l.Pomponius*, Nullum quoque laudimium deberi consequens est. Et in hoc solo casu cum interpretibus sentio, sed alia quàm ipsi moueantur, ratione.

ERROR SECVNDVS.

De fundo dotali æstimato vel inæstimato.

PRIMA illa est distinctio interpretum, vt diximus, cùm quærunt de laudimio quod pro re in dotem cõstituta & tradita petatur; An res dotalis tradita fuerit æstimata, an inæstimata, Vt si quidẽ æstimata sit dummodò tali æstimatione quæ faciat emptionem, laudimium omnimodo debeatur, Non etiam si inæstimata. Quã distinctionem qui non probant, defendũt indistinctè laudimiũ pro fundo in dotem dato numquam deberi, ne tùm quidem cùm fundus fuit æstimatus, etiam ad contrahendam emptionem dotis causa. Omnes, meo iudicio æquè malè. Sic enim sentio, semper pro dotali fundo cuius dominiũ ex ea causa siue in maritum, siue in mulierem translatum sit, laudimium deberi, tùm quoq; cùm æstimatus non fuit. Sed grauiùs errant posteriores quàm priores, quoniam longè maior ratio est, vt pro fundo æstimato, quàm vt pro inæstimato laudimiũ debeatur. Vtroque quidem casu fundus dotalis fit mariti nec minùs is qui æstimatus non fuit, quàm qui fuit, adeò vt quod magis est, fundus dotalis propriè is dicatur qui æstimatus non est, vt Iustinianus scribit *in l. vnic. §. cúmque ex stipulatu C. de rei vxor. act.* Verumtamen in fundo æstimato duplex ratio est propter quam dicendum sit laudimium pro eo deberi. Vna, quæ inæstimato quoq; fundo communis est quod sit dotalis, & consequenter factus mariti: Altera quòd sit venditus marito & extra periculum restitutionis, si quando contingat soluto matrimonio restitui dotem oportere. Ideóque & periculum omne ad maritum hoc casu pertinet, quod alioqui melius æquius esset, ad mulierẽ pertinere *l. plerunque* 10. *D. de iur. dot.* Nisi cùm conuenit vt fundus ipse redderetur habita ratione augmenti & diminutionis, vt *in l. æstimatio* 50. *D. solut. matr. l. vlt. D. de pact. dotal.* ob eámque causam æstimatio facta est vt sciri posset fundo perempto vel deteriore aut meliore facto quid & quãtum reddi oporteret, vt *in l si inter* 21. *C. de iur. dot.* Ideóq; bene interpretes, cùm de fundo dotali æstimato loquũtur, adiiciunt *tali æstimatione quæ faciat emptionem*, quia non omnis æstimatio facit emptionem, sed ea tantùm quæ fit eo animo contrahendæ emptionis *l. 1. D. de æstimat. act. l. cùm post* 69. *§. cùm res D. de iur. dot.* Etsi autem æstimatio fundi dotalis non facit emptionem simplicem sed secundum quid, id est dotis causa, cuius lõgè diuersa ratio est ab emptione simplici, vt constat *ex l. quoties* 16. *eod. tit.* eandem tamen vim & potestatem habet quam simplex emptio, ad acquirendum irreuocabiliter marito dominium fundi dotalis. Et idcirco nulla ratio est, cur pro eiusmodi fundo laudimium deberi quis neget, quod alia qualibet facta vẽditione deberetur. Quid enim refert an dotalem rem vel emphyteuticam maritus emat, an alius quilibet? Aut quis dicat necessariam esse hanc alienationem quæ per viam venditionis & emptionis fiat? Etsi enim maximè concederem, quod nego constitutionem dotis esse alienationem necessariam, cùm & matrimoniũ possit esse sine dote *l. 3. D. de iur. dot.* & quantulacunq; summa dotis nomine data possit dotem facere, nec alius quàm pater dotem filiæ dare teneatur *l. capite* 19. *D. de rit. nupt. l. vltim. Cod. de dot. promiss. l. cùm plures* 12. *§. vltim. D. de admin. tutor.* ita vt dicatur mulier habere dotem ex causa lucratiua *l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* Numquam tamen patiar, vt alienatio quæ fit per constitutionem dotis æstimatæ dicatur necessaria, cùm mera emptio & venditio sit sine qua constitutionem dotis inæstimatæ fieri nõ modò nihil prohibebat, sed etiam naturæ dotalis contractus magis conueniebat. Nec me mouet quod Amedeus respondet *dict. quæst.* 29. Posse etiam in dote constituenda æstimationem esse necessariam propter modum constitutionis, cùm non liceat vasallo totum feudum in dotem dare,

dare, vt neque grauato heredi, totum fideicommissum si de parte dotari congruè filia possit. Ex Paris. *cons.16.num.32.vol.1.* Purpur. *cons.343.* Nam hæc ratio concludit duntaxat æstimationem totius feudi esse faciendam, non autem rei solius dotalis quæ ex feudo in dotem datur. Alioqui si ex tribus aut quatuor fundis feudalibus, vnus tantùm in dotem datus sit, quid proderit æstimatum esse dotalem, vt sciatur an dos tanta dari potuerit, si non cæteri quoque æstimentur, ex quorum scilicet comparatione congruæ dotis proportio sumenda sit? Sed & cùm totum feudum simul, & confusè vno precio æstimatum est, si vnus fundus ex tribus aut quatuor in dotem detur, quid necesse est eum æstimari separatim, cùm nihilominùs sciri facilè possit non fore constitutionem supra modum congruæ dotis? Finge quatuor esse fundos æquè bonos & fertiles, nec tamen æstimatos. Quis non videat nulla etiam facta, siue omnium, siue singulorum æstimatione posse vnum ex iis in dotem dari, nec idcircò immodicam dotem fore? Denique talem æstimationem satis esset fieri quandocunque postulante domino directo qui dotis constitutionem immodicam vellet dicere, idque sumptibus domini qui eam constitutionem immodicam esse contenderet. At æstimatio illa de qua nunc tractamus, planè alterius condicionis est. Fit enim inter solos coniuges ac pro ipsorum arbitrio, & ob id nec domino directo nocere potest tanquam res inter alios acta & eo inaudito. Alioqui vocandus esset ad ineundam æstimationem si ad eos fines fieret vt sciretur quatenus diminutio feudi fieri deberet per dotis constitutionem. *l. de vnoquoque 47. D. de re iudic. l. nam ita 39. D. de adopt.* Ergo tametsi necessitas alienationis ad hanc rem aliquid pertineret, quod nos in præcedenti Decade falsum esse ostẽdimus, nõ esset tamen hæc bona ratio propter quam dici deberet, Pro dotali fundo æstimato laudimium non deberi. Cùm hæc non solùm dotis constitutio sit, sed etiam venditio ac emptio & consequenter voluntaria. Nec enim aut emere aut vendere quisquam cogitur *l. non enim 9. D. rer. amot. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Neque illorum etiam distinctio recipi potest qui existimant pro dote quidẽ æstimata deberi laudimium, sed non statim cùm facta emptio est, at eo demùm tempore quo fundus remaneat penes maritum ex illa emptione. Accidit enim aliquando vt restituatur mulieri si maritus id eligat tanquam debitor, aut etiam mulier ipsa si mulieris fuit electio *l. plerunque 10. §. vlt. D. de iur. dot.* Etsi namq; facultas eligendi semper differtur in tempus vsque soluti matrimonij, tamẽ dominij translatio non idcircò dilata videri potest, Cùm per traditionem ex dotis simul & emptionis causa factam dominium statim transferatur in maritũ, Cuius & periculum est tanquam domini si ante factã electionem siue cõstante siue soluto matrimonio res perierit, aut deterior facta sit *d. §. vlt. iunct. l. seq.* iuxta eã lectionem & emendationem quam nos docuimus *lib. 7. Coniect. cap. 5.* Nã facultas electionis in fundo restituendo non tollit intellectum traditionis, vt verbis vtar Papiniani *in l. si patrona 55 §. vlt. D. ad SC. Trebell.* quippe quam potiùs præsupponit, quandoquidem non alia de causa fundus restituendus est, quàm quia traditus marito fuit. Statim ergo laudimium debetur, nec tam inspiciendum est, quid in restitutionem venire possit quod in dubio euentu positũ est, quàm quid translatum fuerit & alienatum, quod ab initio certum est: Non enim ideò minùs quid nostrum est, quod eius dominium à nobis abire aliquo casu speretur *l. non ideò 66. D. de rei vindic.* Illa tantùm dubitatio potest incurrere, An si mulieri fundus restituatur ex electione siue mariti, siue mulieris, laudimium ab ea restituendum sit quod maritus soluerit. Et quidem si mariti electio fuit, non puto

laudimij restitutione onerandā mulierem, ne in mariti potestate sit facere conditionem eius deteriorem, cùm debeat ille sibi potiùs imputare cur fundi restitutionem elegerit, Quandoquidem si precium restituere maluisset, de laudimij restitutione quærendum hodie nihil esset. At si mulieris electio fuit, eadem ratio facere videtur vt condemnari debeat ad laudimij restitutionem quasi imputandum ei sit, cur fundum habere maluerit, quàm precium. Verùm cùm eligendo fundum vtatur iure suo nec quicquam in cōuentione dictum sit de laudimio in eum casum vicissim reddendo, Non puto facilè permittendum vt huius laudimij restitutione mulier oneretur eiúsq; dos minuatur, nō magis quàm si dotem æstimatam maritus simpliciter accepisset: Quo casu sicuti nihil nisi preciū soluto matrimonio reddere debuisset, Ita nemo dubitat quin totum laudimiotū onus sibi retinere deberet, perinde acsi rem aliam quálibet extra dotis causam emisset. Nam & cùm inæstimatum fundum vir accepit in dotem, idem dicendū arbitror, Et laudimium deberi domino à marito, & ad onus mariti sic spectare, vt cùm dotem restituet, nihil possit ex dote pro laudimij indemnitate retinere. Nec simile est quod cùm venditio facta est sub pacto de retrouēdendo, emptor cùm vēditori retrouendit, & precium totū, & simul cum precio laudimiū consequitur quod soluit, adeóque tametsi nondū soluerit, cùm sufficiat quod ad soluendum sit obligatus, hactenus saltem vt à venditore indēnitas ei repromittatur, si quando fortè à domino directo pro laudimio conuenietur, Vt solent pragmatici nostri dicere, Seruitiorum petitionem esse in rem laudimiorū in personam. Nā cùm intercessit pactū de retrouendendo, secuta quandocunque retrouenditio fit ex cōtractus præcedentis necessitate, ideóque mirū nō est venditorem laudimiū restituere emptori cui rem auffert pro qua laudimiū solutum est. Quasi id actum sit vt neque lucri neque damni quicquā ex ea venditione penes emptorem remaneat, quemadmodum solemus dicere cùm resoluitur venditio quæ facta fuerat sub lege cōmissoria vel sub pacto addictionis in diem, Licèt ex his causis quandiu resolui ipso iure venditio pōt & fundus inemptus fieri laudimium nō debeatur, vt in sequentibus fortasse dicemus. At dotis causa perpetua est vt superiore capite docuimus, quoniam datur eo animo & voto vt sit perpetuò penes maritum. *d.l.1.D.de iur.dot.* Et quod posteà contingit aliquando vt eá restitui oporteat fit ex accidenti & non tantùm præter sed etiam contra votum contrahentiū, ideóque attendi non debet *l.nam etsi 15.in princ.D.de inoff.testam. l.scripto 7.§.1.D.vnd.liber. l.Iulianus 26.vers.denique D.si quis omiss.caus.testam. l.cùm tale 72.in princip.De condic. & demonstr.* Sed & dici pōt, Facta retrouenditione restitui à venditore laudimiū emptori non tam ex iuris ratione quàm ex conuentione quæ ea de re passim solet interponi, & quæ si nulla interuenisset, aliud fortasse probandū foret, Quandoquidem nihil nisi venditionis preciū quod ab emptore accepit vēditor, ei reddere cogitur retrouendēti, vt *in l.2.C.de pact. int.empt. & vendit.* Constat aūt laudimium quod pro re empta debetur, precij partem nullam facere, nec precio imputari vllomodo posse, cùm licèt ex causa venditionis proficiscatur debitum laudimij, sit tamen extra causam ipsam vēditionis, & tale quid quod extrinsecus accidit, in consequentiam perfectæ iā emptionis, vt & sumptus qui ab emptore fiunt ad confectionem instrumenti, quos nemo diceret venditorem redimentem cogendū emptori reddere si de eo nulla pactio interuenisset. Imputare namque sibi deberet emptor qui legem apertiùs non dixisset *ex reg.l.veteribus 39.D.de pact.* sibíque meliùs non prospexisset, quod hodie passim facere prouidi emptores solent, Et benè vel ob hoc maximè ne

ximè ne quis dubitationi locus relinquatur. Argumento est, quòd facta venditione certo vt fieri necesse est precio, si posteà venditor velit eam rescindere ex causa læsionis immodicæ beneficio *l.2.C.de rescind.vendit.* nō potest emptor ad excludendam læsionem intendere laudimij quod soluerit ac sumptuum in venditionem & instrumentū venditionis factorum rationem haberi oportere, Nō alia vtique de causa quàm quòd nihil ista ad precium pertinent & extranea sunt venditioni, licèt iis venditio causam dederit, Vt in Codice nostro docuimus.

ERROR TERTIVS.

Si dos siue per patrem siue per extraneum constituta sit, & tradita marito, siue æstimata, siue inæstimata. Et ad l.vnic.C.de inoffic.dotib.

NON valere dotis constitutionem & traditionem à patre factam ipsi filiæ iam diximus ex ea ipsa lege qua mouentur interpretes vt contrà sentiāt, id est *ex l.Pomponius Philadelphus 35.D.famil.ercisc.* ideóq; nec vllum ex ea laudimium deberi posse siue æstimata siue inæstimata dos proponatur. Nulli ergo supradictæ distinctioni locus relinquitur, nisi cùm dos à patre data & tradita est marito, filiæ nomine. Quo casu valere constitutionem & traditionem nemo dubitat, quamuis per eam fiat vt filiafamilias dotem à patre habere incipiat, & quidem veluti ex causa quadam donationis, vt scriptū est *in l.vlt.§.1.D.quæ in fraud.credit.* Fit enim hoc per consequentiam nec repugnāte iuris ratione quæ non solet impedire id quod fit per consequentias *l.1. D. de author.& consens.tutor.* & ex quodam iuris ordine *l.cùm vnus 12.in princip. D. de reb.author.iudic.possid.* Sed si dos ab extraneo non à patre constituta sit, non distinguimus an mulieri ipsi data sit an marito, nec an mulier sit filiafamilias & in potestate, an sui iuris, cùm hodie filia quoque familias sit capax acquisitionis etiam inuito patre, *ex l.cùm oportet 6.& l.vl.C.de bon.quæ liber.* Solo vsufructu ad patrem spectante, sed ita demùm hoc ipsum, Nisi ea lege datum sit ab extraneo filiæ, ne ad patrem vsusfructus perueniret. Hoc enim Iustinianus tandem ad priores suas leges addidit *Nouell.117.cap.1.* vnde sumpta est *Auth.excipitur Cod. eod.tit.De bon.quæ liber.* Satis autem voluntatem suam declarat is qui dotem dat filiæfamilias quòd nolit ad patrem vsumfructū pertinere, cùm dat ei vt habeat ipsa in dotem, siquidem dotis fructus ad maritum spectare conuenit pro ferendis oneribus matrimonij *l.pro oneribus 20.Cod.de iur.dot.* nec vnquam capienda est ea interpretatio quæ fructus dotis ab oneribus matrimonij separet *l. cùm pater 11. D. de pact.dotal.* Olim sanè aliud iuris erat: Nam si extraneus dotem dedisset ac tradidisset filiæfamilias non marito, dominium per filiam acquirebatur patri, cùm iure vetere essent filijfamilias acquisitionis incapaces patre volente sibi acquiri, adeò vt ne momento quidem temporis acquisitio consisteret in persona filij aut filiæ *l.placet 79.D.de acquir.hered.leg.1.D.si à parent.quis manum.sit.* Acquisitum autem patri dominium non potuisset ignorante ac multò minùs inuito patre transire in maritum *l.si ego 9.§.si res D.de iur.dot.* fuissétque necessaria noua traditio quam pater ipse marito facere debuisset. Ob cámq; causam passim videas prudētes nostros cùm de dote cōstituta & tradita tractāt, semper ita loqui vt dicant dotem marito traditam fuisse non filiæfamilias, aut promissam si de promissa dote disputent: Idémque obseruant etiam cùm de alta

muliere loquūtur quæ sit sui iuris, quia licèt mulier quælibet sit capax dotis habendæ etiam filiafamilias *d.l.Pomponius*, non tamen capax est acquirendi dominij ex causa dotis, sed necesse est transferri dominium rei dotalis in maritum, vt mulier dotem habere existimetur. Et quemadmodum non potest dos esse sine matrimonio, quamuis matrimonium possit esse sine dote *l.3. D.de iur. dot.* adeò vt stipulatio dotis tacitam illam condicionē habere intelligatur, si nuptiæ sequantur *l.stipulationē 21.eod. l.cùm multa 20. C.de donat.ant.nupt.* ita neq; potest esse dos sine marito, id est tam citò verū esse debet maritū factū fuisse dominum fundi dotalis, quàm citò verum est mulierem habere dotem. Quinimò debet ius mariti ordine naturæ & intellectus præcedere, quia prius est vt maritus sit dominus rei dotalis quàm vt dotem mulier habeat. Sicuti dicimus, legatum quidem tam citò facere rem legatam legatarij quàm hereditas facit heredis res singulas, *l.legatum 80.de leg.2.* sed tamen priùs esse ordine intellectus, vt heres aliquis factus sit per aditionem, quàm de legato legatariq; dominio & acquisitione tractari oporteat *l.si nemo 9. D.de testam. tutel.l.si tibi homo 86.§. cùm seruus de legat.1.l.ea quam 14.C.de fideic.* Proinde quamuis titulus dotis sit iustus & habilis ad transferendum dominium, vel ob hoc ipsum, quòd causam habet perpetuam *d.l.1. De iur.dot.* iunct.*l.doce 9.C.de rei vindic.* Si tamen ex causa dotis tradat quis rem mulieri, nuda traditio esse intelligitur, & cōsequenter inefficax ad dominium transferendum *l.numquam nuda 31. De acqu.rer.domin.* quia siue ante matrimonium traditio facta est, dos esse nondum potest, siue post cōtractas nuptias, penes maritum debet esse dominium dotis, nō penes mulierem, *dict.l.1.d.l.si ego §.si res De iur.dot.* Penes maritum autem non aliter esse potest, quàm si traditio illi ipsi facta sit *l.traditio 20. De acquir.rer.domin.* Vnde fit, vt quemadmodum querela inofficiosi testamenti non exercetur nisi contra heredem & adita demùm hereditate *l.Papinianus 8.§.vnde si quis D.de inoff. testam.* [in quo differt à bonorum possessione contra tabulas quæ ideò dicitur esse cōtra lignum *l.quod vulgo 19. De bon.poss.contr.tabul.*] nec querela inofficiosæ donationis nisi contra donatarium *l.1.& tot.tit.C.de inoffic.donat.* Ita nec querela inofficiosæ dotis nisi contra maritum, tanquam qui dotis remaneat dominus perpetuus, eti[illegible] n soluto matrimonio cùm morte mulieris quæ dotem dederat, solutum [illegible] *aic.C.de inoffic.dotib.* in cuius specie mater proponebatur bona sua omnia [illegible]disse posteriori viro in dotem, déque eo conquestos filios prioris thori quòd eo modo fraus iis facta fuisset in legitima, de qua nullus quærendi aut cōquerēdi locus viua matre esse potuisset *l.1.§.si impubere D.de collat.bonor.* Rescribit verò Constantinus, audiendos esse filios, & admittendos ad querelam inofficiosæ dotis, non vt tota dotis constitutio infirmetur, quemadmodum in aliis querelis inofficiosi testamenti & inofficiosæ donationis eueniret, vt alibi disputauimus, sed ad portionem vsque legitimam: quod apertè significant verba illa, *& filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur.* Nam & ratio diuersitatis euidens est, quod hereditatis & donationis tituli sint lucratiui, quorū vtilitatem & fructum heredibus ac legatariis eripi minùs iniquum sit. Dotis autem titulus onerosus quantum ad maritum propter onera matrimonij, *dict.l. vlt.§.1.D.quæ in fraud.credit.l.ex promissione 19. D.de oblig.& action.* quamuis veteres dotis dationem etiam inter donationes annumerarent, vt Iustin. refert *in l.cùm multa 20.C.de don.ant.nupt.* scilicet ex parte dantis, non ex parte mariti accipientis, ideóque minùs ex dote quàm fieri possit marito auferendum est, qui non aliter vxorem ducturus fuit *l.Titia 62.in fin.D.de iur.dot.* Nisi cùm dos à

tutore

tutore constituta est ex liberalitate, quæ arbitrio pupilli sanè seruanda est *l. cùm plures 12. in fin. D. de admin. tutor.* Idque est, quod ait Constantinus leges legibus concordare promptùm esse. Leges enim volunt ex vna parte non auferri dotem marito qui ea lege vxorem duxit non aliter ducturus *l. purè 5. §. penult. D. de doli mal. except. l. si donaturus 9. §. 1. De cond. caus. dat.* Ex alia verò parte volunt etiam leges, vt certa portio quæ ob eam causam legitima dicitur, ex bonis parentum liberis relinquatur *l. vlt. D. de bon. damnat.* Sic ergo leges legibus concordandæ sunt, vt dotis constitutio quæ vniuersorum bonorum fuit [nulla enim lege prohibitum est mulieri bona sua omnia in dotem marito dare *l. nulla 4. C. de iur. dot. l. mulier 62. D. eod.*] non quidem tota infirmetur, sed hactenus tamen vt saluam legitimam liberi habeant. Vt aliàs euenit, cùm parens ipse qui donationem inofficiosam fecit, vult liberis suis prospicere ne debita successione fraudentur, vt præueniat potestatem querelæ inofficiosæ donationis quæ donationem totam rescinderet *l. si totas 5. Cod. de inoffic. donat.* In quo tamen obseruandum est, quod nemo obseruat vix hodie locum esse vllum posse huic querelæ inofficiosæ dotis, & legi Constantinianæ, cùm ex Iustiniani constitutione *in l. vnic. Cod. de rei vxor. action.* siue mulier ipsa dotem det, siue pro ea extraneus quilibet, intelligatur stipulatio tacita interuenisse de dote mulieri eiúsve heredibus etiam extraneis soluto quandocumque matrimonio reddenda. Quæ res facit vt nõ sit liberis prioris matrimonij necessaria querela inofficiosæ dotis, quia nec mariti lucro dos vnquã cedit siue ex matrimonio suo liberos aliquos habeat, siue nullos, nisi ponas expressum pactũ intercessisse de lucranda tota dote. Cuiusmodi pactum valere certum est etiam in dote profectitia, quæ alioqui ratione miserationis semper ad patrem reuerteretur *l. si pater 12. in princip. D. de pact. dotal.* iunct. *l. 5. & 6. D. de iur. dot.* Nullum enim hoc casu liberis auxilium superesset nisi in querela inofficiosæ dotis, in qua illud ipsum temperamentum sequendum esset quod supradicta Constantini lex probauit, ac fortasse induxit, Vt liberi saluã legitimã habeant, & prætereà nihil, si non alia Iustiniani cõstitutione prohibitũ esset matri liberos ex alio matrimonio habẽti plus in dotem secũdo viro dare quàm ei dederit ex liberis cui minùs reliquit *l. hac edictali 6. C. de secũ. nupt.* Post quam legem concludendum est Constantini legem non solùm superuacuam esse hodie, vt Cuiac. loquitur *in Parat. ad Cod.* sed etiam abrogatam. Nec minùs quantum ad liberos naturales quorum scilicet ratio nulla haberi potest viuo marito, vt nec superstite coniuge, nisi hactenus vt boni viri arbitrio pasci eos oporteat. *Auth. licèt C. de natur. liber.* Scilicet ex bonis quæ in hereditate matris defunctæ reperiantur, si quæ sint non etiam vt querelam inofficiosæ dotis contra maritum habere debeant. Quidni enim mulieri liceat etiam naturales liberos habenti dare omnia bona in dotem marito ex quo sperare possit legitimos? Quare ad rẽ nõ pertinet quod habẽt etiam tales liberi querelã inofficiosi testamẽti *l. si suspecta 29. §. 1. D. de inoffic. testa.* Est enim fauorabilior querela inofficiosi testamenti quàm inofficiosæ dotis, vt ex eo constat quod rescindit testamentum in totũ, hæc verò non nisi vsque ad legitimam, In proposito autem etiamsi locum habere deberet pro naturalibus liberis, non posset tamen rescindere nisi vsque ad alimenta *dict. Auth. licèt.* Cur enim deterior condicio sit mariti superstitis quàm vxoris, nam nec Auth. illa loquitur de matre sed tantùm de patre. Noua igitur lege opus esset vt ad hunc casum pro alimentis lex Constantini produceretur. Et hæc quidem de illius legis sententia & praxi dicta sint: quæ nos dicere oportuit, non solùm vt il-

lius Tituli vim & potestatem nondum satis benè cognitam aperiremus, sed ob id maximè vt ostenderemus quàm verum sit quod volumus dotis titulum habilem esse ad transferendum dominium in maritum non etiam in mulierē, quæ licèt quandiu viuit, dotem habere dicatur, si tamen bona sua in dotem omnia marito dederit, & marito superstite moriatur licèt superstitibus quoque liberis ex alio matrimonio, nulla tamē bona reliquisse intelligitur, ex quibus citra querelā inofficiosæ dotis legitima liberorum possit detrahi. Ergo vt ad institutā de laudimio quæstionem redeamus, siue à patre qui filiam in potestate habeat, siue ab extraneo dos detur, tradi eam non mulieri oportet sed marito, vt dominium in eum transferatur: Et consequenter omni casu laudimium à marito deberi fatendū est tanquam qui dominium nactus sit, & quidem ex causa non necessaria sed merè voluntaria, siue personam mariti inspicias, in cuius arbitrio fuit aut nullā vxorem ducere, aut indotatam penitus, aut saltē minùs dotatam *l. si patre cogente 22. D. de rit. nupt.* Siue personā extranei qui dotem dederit, cùm veteres etiam dotem hac ratione inter donationes annumerarent, vt suprà diximus ex Iustiniano *in d. l. cùm multa 20. C. de donat. ant. nupt.* Siue denique mulieris quæ dotem habere dicitur ex causa lucratiua & quodammodo donationis, tùm quoque cùm à patre illam habet *d. l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* Nec ad rem pertinet quod patri ex officij necessitate incumbit, vt filiam dotet *d. l. vlt. C. de dot. promiss. d. l. capite 19. D. de rit. nupt.* Neq; enim dotis negotium inter patrē & filiam geritur, sed inter patrē nomine filiæ & maritum cui traditio vt diximus facienda est: quo respectu ex vtrâque parte sunt omnia voluntaria, Illa verò Paponij ratio minùs obstat, licèt ab aliis probata, quòd dos succedat loco legitimæ, cuius tamen debitum voluntarium esse nemo dixerit cùm sit necessarium. Est enim hic alius error vulgaris interpretum quem nos in priore huius Chiliadis parte confutauimus, & ostendimus, dotē quidem quæ à patre vel alio parente data sit imputari debere in legitimā *ex l. quoniam Nou. 29. C. de inoffi. testam.* sed nō ideò videri posse in locū legitimæ succedere, quæ nulla dum debetur, eo tēpore quo dos à patre constituitur. Quare illud quoq; impertinens est, quod idē Paponius adducit, Posse filiam accipere legitimā portionem in corporibus bonorum, Quo casu nullum vtiq; pro legitima laudimium deberetur. Legitimam enim haberet filia in vicē portionis hereditariæ quam in hereditate patris sperare poterat, ideóq; laudimium nullum deberet, sicuti nec si patri ex parte aliqua heres extitisset. At dotis dominium non acquiritur filiæ cuius nomine dos datur, sed marito cui soli dos traditur & tradenda est vt probauimus, & cui tamen in bonis soceri nulla debetur legitima. Quidni ergo laudimiū maritus debebit perinde ac si fundum dotalē ex alia quàm ex dotis causa adquisiuisset? Nā etsi mulier quæ iam in bonis defuncti patris legitimā cōsecuta fuisset, eam subinde nubens in dotē marito dedisset perinde dicerē hoc quoq; casu debitum iri laudimium à marito, eâdem penitus ratione. Neque ea res mulieris damno aut dotis diminutioni cedit, cùm debeatur laudimium non à muliere sed à marito numquam illud ab vxore aut ab ipsius heredibus repetituro, vt superiore capite docuimus. Cùm igitur placeat interpretibus nostris magis communiter laudimium deberi à marito cui fundus dotalis inæstimatus traditus ab extraneo fuerit, vt Amedeus à Ponte testatur *dict. quæst. 29.* post Steph. Bertr. *co's. 315. volu. 3. part. 2. & consil. 57. volum. 7.* Brun. *consil. 44. in fin.* Nulla prorsus ratio est cur aliud sentire debuerint in dote siue per patrem, siue per mulierem ipsam tradita marito. Quominus omni casu debeat laudimium sicut omni casu fit ille dominus,

nus, nouúſque emphyteuta per traditionem. Ex quo etiam reſponderi poteſt ad rationem illam quam in contrarium adducit Crauet. *conſil.215. num. vlt.* ex Angel. *ad l.in ſuis 11. De liber. & poſthum.* & Dec. *conſil.226. colum.3.* quod dominium à patre in filiam continuetur, ita vt per mortem patris non tam nouum dominium acquiri filiæ videatur, quàm illud ipſum continuari quod iam habuerat viuo patre *d.l.in ſuis l.1.§.largius D.de ſucceſſ.edict.* Nihil enim hîc de illa dominij continuatione tractari poteſt, cùm interrupta fuerit per traditionem à patre factam marito, in quem dominium fundi dotalis ita tranſlatum eſt, vt moriente patre nec in patris, nec in filiæ bonis eſſe dici poſſit.

ERROR QVARTVS.

Si aliqua bona ſint allodialia, ex quibus conſtitui dos potuerit quæ conſtituta fuit ex feudalibus aut fideicommiſſis.

QVi defendunt pro bonis feudalibus & emphyteuticis in dotem datis nullum deberi laudimium ſiue æſtimata tradita ſint, ſiue non æſtimata, ſiue mulieri, ſiue marito, dum à patre nõ ab extraneo, quam ſententiam mordicus tuetur Crauet. *conſ.215.* vt ſuprà retulimus, iidem addunt exceptionem hanc & limitationem vnicam, ſi modò pater non habebat alia bona allodialia ex quibus dotare filiam poſſet. Nã ſi pater, inquit idẽ Crauet. *num.7.* haberet alia bona, non poſſet filiam dotare de bonis feudalibus aut emphyteuticis ſine conſenſu domini, quòd hæc alienatio non poſſet neceſſaria dici aliis bonis exiſtentibus, quemadmodũ dici ſolet de bonis fideicommiſſo ſubiectis. *Ex notat. in Authent. res quæ C. commun. de legat.* Sed huiuſmodi exceptio neq; accommodata eſt, neque bonam habet rationem: Dico non eſſe accommodatam, quia ſi verum eſt quod iſti volunt, ſi bona nulla ſint allodialia, laudimium nullũ pro feudalibus & emphyteuticis in dotẽ datis deberi, Multò magis dicendum eſſet nulla deberi ſi eſſent aliqua bona allodialia, Et illa præſuppoſitio, quòd exiſtentibus aliquibus bonis allodialibus, non poſſit pater ex reliquis dotem cõſtituere, facit potiùs vt nullus huic quæſtioni locus fieri poſſit: Stulta enim quæſtio eſt, An ex dotis conſtitutione quæ ipſo iure non tenuerit laudimium aliquod debeatur: Aut ſi ponas dominum directum ex tali quoque conſtitutione laudimium petere, Stultior erit ratio quam adfert Craueta in contrarium, quòd hoc caſu bona feudalia in dotem dari nequeant, Cùm alienationi & dationi in dotem ſatis hoc ipſo conſentiat dominus directus cùm ex ea laudimium petit, quæ expreſſa contractus adprobatio eſt *l. cùm pater 77. §. qui dotale De legat. 2. l. cùm vir 42. D. de vſurp. & vſucap. l. ſeruum Titij 49. D. mandat.* Nam & fatetur Craueta valere hanc conſtitutionem accedente conſenſu domini directi. Quidni verò, cùm liceat cuilibet iuri ſuo & pro ſe introducto renunciare? *l. ſi index circumuento 2[illegible] D. de minor. l. pen. C. de pact.* Quid porrò intereſt an præcedat cõſenſus domini, an ſequatur? Nã & in eo iuris interpretes omnes cõſentiũt, ſufficere etiã ad euitandã pœnã caducitatis, vt dominus cõſentiat alienationi quãdocũq; & eã ſciens prudénſq; approbet, vt omnes notãt *ad l. vlt. C. de iur. emphyt.* Imò & quatũ ad petitionẽ laudimij interdũ, & iuxta eas diſtinctiones quas in hanc rem adfert Amed. à Ponte *quaſt. laudim. 15.*

quibus tamen nullus potest esse locus, cùm approbatio cõtractus ex ipsa laudimij petitione inducitur. At neque verum esse puto quod vulgò creditur, si aliqua sint bona allodialia quæ ad cõgruam dotem constituẽdam sint sufficientia, ex aliis bonis aut feudalibus, aut emphyteuticis factam constitutionem ipso iure non valere: Cùm enim hæc res habeat implicitam quæstionem facti, An alia sint bona allodialia necne, de qua necessariò ante omnia cognoscẽdum & pronunciandum est, nec tam iuris sit quàm iurisdictionis, vt Papinianus loquitur *in l. inter tutores 36. D. de admin. tutor.* fieri nequit, vt talis constitutio ipso iure nulla esse videatur: quomodo elegãter ac subtiliter Claudius Tryphoninus ratiocinatur in sua ad Scæuolam nota *in l. filia 88. D. de solut.* Maximè verò hoc apud nos obtinet ex veteribus statutis Sabaudiæ, quæ feuda etiam in dotem dari posse volunt & pro dotibus obligari, & alienari quoties bona alia nulla sunt, tùm quoque cùm etiam fideicommisso subiecta inueniuntur, quamuis eo casu duplex prohibitio legis concurrat quæ solet efficacior esse ad impediendam alienationem aut obligationem *l. vlt.* vbi omnes notant *C. de reb. alien. non alienand.* Et *ad l. filius familias 114. §. Diui 2. de leg. 1.* & *ad l. vlt. §. penul. C. commun. de legat.* Cur enim aut maritum futurum, aut nupturam mulierem in eas velimus conijcere angustias vt non priùs matrimonium contrahere, & de dote danda cõuenire possint, quàm explorauerint, an bona aliqua sint allodialia, quæ in dotem dari possint, an nulla. Quamquam neque sufficeret id benè explorasse, Nisi post alia bona reperta illud etiam exploraretur, an essent illa idonea ad dotem congruam constituendam: Quod ipsum vix aliter sciri potest quàm si omnium bonorum & feudalium & allodialium iusta æstimatio ineatur, quæ porrò nisi scientibus & vocatis omnibus quorum interest, ac proinde ipso etiam domino directo iniri non potest, Ex regula *l. de vnoquoque 47. D. de re iudic.* Quod si ita est, quis non videt, quantas hæc sententia moras & perplexitates obijciat contrahendo matrimonio, ad quod inuitari potiùs contrahentes deberent, & matrimonij quodammodo libertatem, quod magis est restringat? *l. cùm ita 63. l. Titio centum 71. §. 1. De condic. & demonstr.* Quotus enim quisque est qui tam duris & incõmodis legibus vxorem ambire & expectare velit? ac litium priùs quàm matrimonij fastidia experiri? Verius igitur est huiusmodi constitutiones ex bonis feudalibus & emphyteuticis factas valere ipso iure, tum quoque cùm alia bona sunt allodialia, etiam quæ congruæ doti constituendæ forent idonea. Sed tamen posteà reuocandas esse dummodò ex allodialibus satisfieri commodè marito possit *arg. l. Titia 62. D. de iur. dot.* Et reuocandas quidem, tanquam in fraudem domini directi factas. Quemadmodum solemus dicere de dote cõstituta ex bonis fideicommissariis, reuocari eam debere quasi factam in fraudem fideicommissi, nisi cùm species talis occurrit qualis *in l. mulier 22. §. cum proponeretur ad SC. Trebell.* in qua possis dicere cum Vlpiano, Non posse videri in euersionem fideicommissi factum quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat. Porrò cùm in alicuius fraudem alienatio facta est, constat non eò minùs valere ipso iure alienationem, ex eáque transferri dominium, Propter quam causam cõparatum est iure Prætorio interdictũ fraudatorium, & actio fraudatoria, quæ alio & elegantiore nomine dicitur reuocatoria, & ab inuẽtore Pauliana, de qua *in tit. Quæ in fraud. credit. D. & C.* Neq; tamen ea actione aliud cõsequitur actor nisi vt rescindatur per Prętoré traditio q̃ in fraudẽ facta fuerat, & per quã translatũ erat dominium, non vt dominiũ Quiritiariũ quod per traditionẽ alienatum fuerat in acquirentẽ, licèt fraudis participẽ ei auferatur, & ad

pristinum

pristinum dominum recurrat. [Prætor enim sicuti nõ potuit facere legem neq; legi similem constitutionem,ita nec dominium quiritiarium aut dare,aut adimere *§. quos autem Inst.de bonor.poss.*] sed vt rescissa traditione ac pro eo habita quasi numquam facta esset,res alienata perinde habeatur acsi in bonis debitoris mansisset, vt possit venire in venditionem vniuersalem bonorum debitoris, à quibus per alienationem discesserat, quemadmodum explicat Iustinianus *in §. item si in fraudem Inst.de action.* Deniq; per hanc actionẽ fit debitor inuitus dominus bonitarius eius rei cuius anteà erat quiritiarius: idq; in fauorem actoris duntaxat,de fraude sibi facta conquerentis: Quinimò nonnumquam euenit vt fraus alienantis impunita sit, putà si emptor aut alius acquisitor fraudẽ nõ participauerit *l.1.& tot.ill.tit. D.quæ in fraud.credit.* Aut si pater in fraudẽ fideicõmissi quod post mortẽ suam filio suo restituere rogatus est, multa ex bonis fideicommissis alienauerit,vt *in l.Imperator* 50.*D.ad SC.Treb.* vbi dicitur patrem hoc casu eam suæ fraudis pœnã pati ex rescripto Diui Hadriani, vt damnũ condicionis ei infligatur, id est vt fideicõmissum quod fuit in diem incertũ atq; ita condicionale,habendũ sit pro puro,statimq; restituendũ filio, non quasi emancipato,sed potiùs quasi militi,Ita vt quandiu filius viuat,nihil in iis bonis pater iuris habeat.Nec aliud est si heres rogatus de restituendo eo quod ex hereditate supererit, alienet omnia aut maiorem hereditatis partẽ in fraudem fideicõmissarij.Nã & hoc casu alienationes valere constat adeò vt nec rescindi possint, quia ad hunc casum neq; interdictum fraudatorium, neq; actio Pauliana pertinet. Solãq; superest eo nomine personalis actio fideicommissario contra heredẽ qui alienauit si dolo malo in ea re versatus probetur, quia supradictis fideicommissi verbis, De restituendo eo tantùm quod superest, bonam fidẽ inesse constat,vt Papinianus ait *in l.Titius* 54. *D.ad SC. Treb.* quod quia olim minùs vagum & incertum erat tanquam quod totum in arbitrio boni viri positum esset, sic tandem à Iustiniano restrictum & temperatum est, vt heres ita grauatus nihil supra dodrantem alienare possit, quartam autem fideicõmissario seruare teneatur nisi ex certis causis *Nouell.*108.*De restit.cap.*1.vnde sumpta est *Auth. contrà rogatus C.ad Treb.* Alia sanè ratio est hodie bonorum quæ ex fideicommisso restitui debuerunt si interim alienata sint per heredem. Etsi enim quandiu pendet dies aut condicio fideicommissi valet interim & tenet ipso iure alienatio non minùs quàm olim *ex l.si heres 70.§.1.D.eod.* Attamen eueniente quandocunque die vel condicione, alienatio incipit ipso iure non valere propter authoritatem constitutionis Iustinianeæ quæ fideicommissi alienationem fieri hoc casu prohibuit,& alienationes omnes irritas fecit *in d.l.vlt.§.pen.Cod. commun.de legat.* Alienationis enim prohibitio præsertim facta per legem, quæ rerum omnium domina & regina est, omnem impedit translationem dominij *l.vlt.C.de reb.alien.non alienand.* Sed cùm Iustiniani *Nouell.*39. *De restit. & ea quæ parit* 11.*mens.* vnde sumpta est *Auth.res quæ C.commun.d. legat.* sic ab interpretibus ferè omnibus accepta sit,vt pro dote ac donatione propter nuptias,siue constituenda, siue restituenda possint bona fideicõmisso subiecta & alienari & obligari, eo saltem casu, quo alia bona nulla sint,quæ sufficere queant,quod vetere statuto Sabaudiæ apertiùs expressum est, tùm quoque cùm eadem bona quæ fideicommisso sunt obnoxia etiam feudalia reperiuntur [id enim plerumq; in nobilioribus familiis accidit] Apparet hîc euenire necessariò quod suprà diximus,vt propter implicitam facti quæstionem,quæ non iuris sed iurisdictionis est, An alia bona sint, extra causam fideicommissi quæ doti congruæ sufficiant

Kkk iij

necne, Non possit dici, Nullam esse ipso iure alienationem quæ aliquo casu potest esse valida *arg. dict. l. filia* 88. *De solut.* Sufficit enim vt aliquem casum vtilem habere possit *l. Stichus* 39. *in fin. D. de testam. manum. l. heres à debitore* 21. *§. cùm tu & Titius D. de fideiuss.* Quòd si nō ipso iure nulla est, fateri statim oportet, Ex ea igitur transferri dominium, cùm alienatio nihil aliud sit, quàm dominij translatio *l. 1. Cod. de fund. dotal. l. alienatio* 28. *l. alienatum* 67. *De verbor. significat.* Porrò quoties dominium transfertur, & per consequens nouus aliquis emphyteuta cōstituitur, laudimiū domino directo debetur, qui nouum hunc emphyteutā admittit. Ergo ex dotis quoq; constitutione, quæ ex bonis aut feudalibus, aut emphyteuticis, aut fideicommissariis facta sit, laudimij petitio omnimodo competet, etiamsi proponas alia esse bona, ex quibus æquè congrua dos constitui potuerit, quia etiamsi maximè id verum probaretur, nihil tamen aliud ex eo inferri posset, nisi quòd reuocanda esset dotis constitutio tamquam facta in fraudem domini directi aut fideicommissarij, & ex aliis bonis supplēda ne maritus damno adficiatur, vt *in l. Titia* 62. *D. de iur. dot.* Sed nō faceret ea res quominùs verum maneret translatum semel fuisse dominium, quod sufficit vt laudimium debeatur. Alioqui dicendum esset, Nullum quoque laudimium deberi posse ex alienationibus quæ per Paulianam posteà reuocatæ sint, aut reuocari quandoque possint, quod tamen esset ridiculum. Quid enim domini directi interest, an alienatio in fraudem facta sit, an non, aut an reuocata sit, necne. Nam neque de fraude tractandum est, nisi cùm tenet alienatio, neque de reuocatione si alienatio non teneat ipso iure. Aut si quis contrà sentire velit, fateri eum oportebit. In omnibus huiusmodi actionibus reuocatoriis ita obseruandum, vt nihil inaudito domino directo constituatur, Ne ipsius inauditi & ignorantis ius lædatur, & quod iam ei quæsitum est auferatur contra *l. vltim. D. de pact.* iunct. *l. de vnoquoque* 47. *D. de re iudic. l. nam ita* 39. *D. de adopt.* Multum tamen interest, an de iis bonis tractemus, quæ in fideicommissi fraudem alienata sint, an de iis quæ in fraudem domini directi cùm essent feudalia vel emphyteuticaria. Nam in iis quæ fideicommisso sunt obnoxia, vtrumque procedit quod diximus, Vt & laudimium domino directo debeatur, & nihilominùs alienatio in fraudem fideicommissi facta reuocetur si appareat ex aliis bonis allodialibus æquè congruam dotem constitui marito potuisse, quia scilicet nihil commune habet ius domini directi laudimium ex dotis constitutione petentis, cum iure fideicommissarij nihil nisi fideicommissum, & alienationis reuocationem persequentis. At in bonis feudalibus aut emphyteuticis, non possunt hæc simul stare, vt & dominium quod per dotis constitutionem translatum fuerat in maritum dominus directus reuocet tanquam in fraudem suam alienatū, & nihilominùs laudimium petat, Quandoquidem laudimij petitio manifestam adprobationem inducit, quæ reuocandi ius & facultatem omnino extinguit. Est igitur hæc quæstio & Crauetæ traditio *dict. cons.* 215. *num.* 7. inutilis & ociosa prorsus in bonis feudalibus & emphyteuticis. Vtilis tamen & digna quæ à nobis tractata sit in bonis fideicommissariis dotis causa traditis, si dotis constitutio & traditio in fraudem fideicommissarij facta probetur. Nec enim dotis fauor Paulianæ & reuocatoriæ actionis potestatem tollit si maritus quoque fraudem participauerit *dict. l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.*

ERROR

ERROR QVINTVS.

Si domino ignorante maritus pactus sit de lucranda dote quæ fuerit constituta ex bonis feudalibus vel emphyteuticis. Et de augmento dotali consuetudinario.

STATVTA pleraq; sunt in Italia de lucrãda per maritum in multis casibus vel tota dote vel saltem parte dotis, Præsertim verò in casum, quo mulierem prędecedere contingat nullis ex matrimonio superstitibus liberis. Nec quisquam dubitat quin eiusmodi statuta valeant, quia & per pactum id fieri posset etiã in dote profectitia quæ alioquin ad patrem ratione miserationis reuerteretur, nullis maximè liberis interuenientibus *l. si pater 12. D. de pact. dotal.* quãuis in eum casum, quo maritus prædecederet, tale pactũ seruari non oporteret *l. 2. eod. tit.* Ne scilicet mulier aut indotata penitus eo pacto, aut minùs dotata efficeretur. Vulgare auté nostrorum brocardicum est, Ea omnia quę per pactũ fieri possunt, etiam per statutum fieri posse, & contrà, Ex Bart. & aliis *ad l. vlt. §. 1. D. ad SC. Tertyll.* quod an verè dicatur in secunda huius Chiliadis parte disputauimus, neq; huius est loci. Sed hæc quidẽ statuta & pacta indubitatè valent, cùm dos in bonis allodialibus constituta est, de quibus liberè ac pro arbitrio disponere contrahẽtes potuerint: At cùm de bonis feudalibus, vel emphyteuticis agitur in quibus dos fuerit constituta, Dubitari sæpe solet an ex iis bonis lucrum dotis cõsequi maritus possit, si dominus directus dationi dotis cõsenserit non etiam pacto de lucranda dote, siue lucrum hoc sibi maritus vindicet ex pacto, siue ex statuto. In qua dubitatione statim occurrit interpretibus vulgaris illa distinctio, An dos constituta sit ex necessitate, id est à patre vel ab alio ex ascendentibus qui dotare tenentur, an ab extraneo, & ex mera voluntate. Nam priore casu volunt nullum deberi laudimium non magis pro lucro dotis, eueniente casu lucri, quàm pro ipsa constitutione dotis, Posteriore verò admittunt laudimium deberi. Sed exigunt tamen vtroque casu vt in tali pacto de lucranda dote consensus domini directi interueniat. Ex *not. in §. donare Tit. qualit. olim poter. feud. alien.* Adeò, inquiunt, vt etiamsi dominus consentiret quod feudum daretur in dotem, si tamen expressim non consentiret pacto de lucro dotis, non posset maritus lucrari dotem ex pacto, Ne quidem stante statuto quòd maritus dotem lucrari debeat aut partem dotis. Sic enim Bart. *cons. 346.* incip. *puncta volum. 2.* & Brun. *consil. 286. in fin. volum. 3.* quos refert & sequitur Amedeus à Ponte *dict. quæst. 29.* Nisi quòd in casu statuti dubitat, Proptereà quòd is qui vult antecedens, velit etiam omne id quod est consequens ab eo. Ex Crauet. *consil. 79. numer. 4.* præsertim si dominus statuta non ignorabat. Ego nihil horum omnium probare possum. Non illud primùm, quod aiunt, Alienationem quæ fit per pactum de lucranda dote eueniente casu lucri esse necessariam quoties apponitur in ea dote quæ ex necessitate constituta fuerit, hoc est ab eo qui dotare tenebatur. Nam vt maximè verum esset quod nos in præcedentibus negauimus, necessariam esse alienationem quæ fit ex causa dotis per patrem constitutæ, quia dos non in filiam alienatur, quæ dotãda est, sed in maritũ cuius respectu sunt omnia voluntaria, Non esset tamen bona consecutio vt ea quoque alienatio quæ pactũ de lucrãda dote casu lucri euenięte cõsequeretur, æquè dici deberet necessaria,

cùm nil necesse sit tale pactum adiici, nihilque prohibeat & filiam nubere, & ei dotem congruam dari, nec tamen de dote dotísve parte lucranda quicquam pacisci. Est enim hoc pactum ex vtraque parte tam mulieris quàm mariti planè voluntariũ longéque illi dissimile, quod apud nos frequentatur de augmento dotis mulieri constituendo, Cuius interponendi necessitatem ex eo intelligimus, quòd tùm quoque cùm interpositum non est siue per incuriam, siue per imperitiam contrahentium, aut notarij, pro interposito tamen habetur, Adeóque si expressa conuentione dictum sit, vt vel nullum mulieri augmentũ debeatur, vel vt minus præstandum sit quàm faciat dimidia pars dotis pecuniariæ, aut tertia pars dotis in fundis & bonis immobilibus constitutæ. Dicimus tale pactum non valere, tanquam quod augmenti dotalis condicionem faciat deteriorem. Perinde acsi dotem ipsam imminueret *ex l. Attilicinus* 17. *D. de pact. dotal.* ne à dote separetur ea pars dotis quæ additamenti causa datur *l. inter socerum* 26. *§. cùm inter eod. tit. l. etiamsi* 8. *Cod. de iur. dot.* vt ex Senatus nostri sententia disputauimus in Codice *De pact. conuent. tam sup. dot.* At pactum de lucranda dote in fauorem mariti, neque interponendum necessariò est, neque verò apud nos interponi ferè vnquam solet, vtpote quod odiosum sit, & mulierum commodis atque vtilitatibus contrarium. Quonam igitur colore posset, obsecro, dici necessarium? Nisi ob id fortasse quòd maritus non aliter fuerat matrimonium contracturus. Sed hoc ad necessitatem pacti nil pertinet, Alioqui dicendum erit nec pacti necessarij commodo priuandum esse maritum, qui in accipienda dote pactus sit de lucranda ea in casum, quo ipse prior, & saltem superstitibus liberis moreretur, quod tamen falsum est. Constat enim tale pactum seruandum non esse per quod mulier indotata, vel minùs dotata constitueretur, vt initio huius capitis diximus ex *dict. l. 2. D. de pact. dotal.* Et tamen æquè posset maritus dicere non alia lege contracturum se fuisse, neque pacti sui commodo se defraudandum esse *l. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. 5. §. penult. De doli except.* Non igitur pacti necessitas ex eo sumi potest quod maritus non aliter contracturus fuerit, sed ex eo solo æstimanda est quod aliter contrahi matrimonium non potuerit. Quod certè pacto de lucranda dote nullomodo conuenit, quod numquam nisi ex contrahentium mera voluntate interponitur, Etiam iis in locis in quibus vigent statuta quæ citra vllam conuentionem lucrum dotis addicant marito. Nec enim statutorum huiusmodi mens illa est, vt omnimodo inuitis quoque contrahẽtibus maritus dotem lucretur, sed ita demùm si aliud nihil in contrarium actum sit. Semper enim sequi nos oportet id quod inter contrahentes actum dictúmque est, nisi vel contra leges sit, vel contra edictum Prætoris, vel contra bonos mores *l. semper in stipulationibus* 34. *De regul. iur. l. iuris gentium* 7. *§. ait Prætor D. de pact.* Qua ratione suspectum mihi semper visum est ius illud quo tamen vti nos modò dixi, De improbandis pactis dotalibus, per quæ augmenti dotalis consuetudinarij quantitas apud nos minuatur. Nam & consuetudo, statuti exemplo, sic interpretanda est, si non aliud conuenerit, Nisi verbis consuetudinis quæ fortè scripta esset, vt sunt apud nos consuetudines Augustanorum, talis conuentio esset prohibita. Quo casu dubitandum non esset, quin valere non posset pactum aduersus consuetudinem interpositum, quæ vim legis habet, non magis quàm si contra leges interpositum proponeretur: Lrgáque videtur esse differentia inter pacta quæ dotis condicionem deteriorem faciant quæ non admittimus non valere, *ex d. l. Attilicinus* 17. *De pact. dotal.* Et illa quæ dotalis augmenti quantitatem minuunt, cùm

huiusmodi

huiusmodi augmentum non sit pars dotis à muliere vel pro muliere marito cōstitutæ, sed ex mera mariti donatione ac liberalitate proficiscatur, ideóq; potiùs sponsalitiæ largitati æquiparari debeat. De qua Iustin. *Nou.119.vt sponsal.larg.* aut veteri illi donationi propter nuptias, de qua *in l.cùm multa 20.& tot.tit. Cod. de donat.ant.nupt.* cui certum est nullum certæ quantitatis modum præscriptum fuisse, in id vsque tempus, quo Iustinianus constituit, vt æqualitas esse debeat inter dotem & donationem propter nuptias *Nouell.97.De æqualit.dot.& propt. nupt.donat.& augment.dot.cap.1.* Vnde sumpta est *Auth.æqualitas C.de pact.conuent. tam sup. dot.* quæ tamen constitutio vsu contrario abiit in desuetudinem, fiúntque quotidie pacta in contrarium, de quibus tamen longè probabilius dici posset ea non valere, tanquam facta contra Iustiniani legem cuius authoritate priuatorum cautiones censeri non debeant *l.vlt.D.de suis & legit.* quàm de illo de quo nunc tractamus, cuius nulla in libris nostris mentio fit. Quod enim de additamento dotis scriptum est *in d. §.cùm inter & d. l.etiamsi & dict. Nou. 97.* ad eam pecuniam pertinet quæ ex parte mulieris datur marito, siue à muliere, siue ab alio qui pro muliere dotem dedit, aut promittitur ad augendam dotem priùs datam vel promissam. Postquàm placuit etiam constante matrimonio augeri dotem posse *dict. l. cùm multa*, quamuis eo tempore interdictæ sint omnes inter virum & vxorem donationes. Neque mirum est quicquid iuris est in dote, id etiam obtinere in ea parte dotis quæ constante matrimonio augendæ dotis animo data fuit vel promissa, quoniam & ipsa quoque dos est. Non etiam pecunia illa quæ ex parte mariti datur mulieri, quamuis eodem dotalis augmenti nomine apud nos censeatur. Idque ita esse ex eo quoque apparet quod pragmatici etiam nostri admittunt, Mulierem quæ à priore marito augmentum hoc dotale habuit, si nubat iterum non videri hoc augmentum secundo viro in dotem cōstituisse, quamuis totam primam dotem ei dedisse existimetur. *Ex l.dotem 30. D.de iur.dot.* qua tamen vt hoc quoque obiter adnotemus valde meo iudicio abutūtur nostri, licèt Duce Bartolo *in quæst.* incip. *Mulier amplum habens patrimonium*, Cùm Paulus *in dict. l.dotem*, de eo matrimonio secundo loquatur quod cum eâdem persona contractum sit, quod sæpissimè olim accidebat in tanta licentia & frequentia diuortiorum, non quod inter alios. Diuersitas enim personarum eam interpretationem recipere non potest, vt eadem dos continuata videri debeat, aut eædem dotis conuentiones, Non magis quàm vt nouus conductor, ab eodem quamuis locatore iisdem legibus & condicionibus quibus prior reconduxisse intelligatur. Id enim tunc solùm obtinet cùm idem conductor est qui antè fuit *l.item quæritur 13.§.qui impleto D. locat.* Ergo si verum amamus, Ne quidem pactum hoc de augmento dotali præstando necessarium videri potest, sed potiùs voluntarium, Nec quod propter deflorationem debetur ad rem facit. Cùm non ex comparatione virginitatis constituatur quæ nullo certo precio æstimari potest, vt de hominis salute ratiocinatur Paulus *in l.pen. §. 1. D.de donat.* Sed ex comparatione dotis, quæ tantò minor esse deberet, quantò certior esset virginitas. Neque verò pragmatici negant, Bonis immobilibus in dotem datis, quæ fortassis maximæ sint æstimationis, eam solam quantitatem pro dotis augmento deberi, de qua conuenerit. Nam quod diximus ad tertiam vsque æstimationis partem deberi ex consuetudine apud nos inueterata, tùm obtinet, cùm specialis de ea re pactio nulla intercessit, Ne alioqui ab egregia dote accipienda, & consequenter à contrahēdo matrimonio deterreatur maritus, eo metu ne immensi dotalis augmēti

onere prægrauetur, vt *in l. Iulianus 42. De acquir. hered.* Quantò minùs igitur dici potest necessarium esse pactum de lucranda dote, & necessariam alienationem ex eo pacto secutam si casus lucri euenerit? Admitto tamen quod volunt interpretes, Pro dotis lucro laudimium nullum deberi. At non ratione illa quam adferunt quòd sit hæc alienatio necessaria, sed alia longè diuersa, quod ex hoc pacto quantumuis valido nulla fiat alienatio, Ex eo autem solo actu laudimium debeatur, ex quo dominium transfertur. Quid enim aliud est Pacisci maritum de lucranda dote, quàm conuenire vt soluto matrimonio dos penes maritum remaneat *dict. l. 2. & dict. l si pater 12. in princip. De pact. dotal.* Nimirum non alia lucri acquisitione maritus indiget, cui dos ipsa tota iam acquisita est ex ipsa constitutione quam traditio secuta sit, vt in præcedentibus probauimus, Indiget tantùm ne soluto matrimonio dos ab eo aut ab eius heredibus restituenda sit quod nos lucrum dotis appellamus. Neque sanè ex solo pacto lucrandæ dotis transferri dominium vllum posset in maritum, sed necessaria esset traditio *l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Porrò noua traditio fieri non potest marito cui iam ex causa dotis res omnes dotales sint traditæ, vt neque magis fieri posset dominus ex posteriore causa is, qui iam esset ex priore *leg non vt ex pluribus 159. De regul. iur. §. sic itaque Instit. de action.* Neque verendum est vt hæc nostra sententia iniuriam faciat domino directo, cui laudimium deberi volumus ex ipsa dotis constitutione propter dominium ex dotalium rerum traditione translatum in maritum, Qui proinde duplicis laudimij præstatione oneraretur si pro dotis quoque lucro nouum laudimium præstare cogeretur, cùm vna tantùm sit acquisitio licèt duæ sint conuentiones in duplicem casum conceptæ. Quòd si quis pactum huiusmodi De lucranda dote ideò necessarium esse contenderet quòd non aliter fuerit maritus contracturus, Sequeretur nec aliud dicendum fore tametsi ab extraneo & ex mera voluntate non ex necessitate dos data proponeretur. Mariti enim accedentis ad matrimonium contrahendum certis legibus, quid interest à quo dotem accipiat, aut cum quo paciscatur? Et tamen non est ex interpretibus qui non fateatur laudimium deberi pro lucro dotis, si ex voluntate non ex necessitate dos constituta sit. In quo ipso nihilominùs errant. Nos enim eo quoque casu deberi vllum negamus, Eâdem ipsa ratione quam modò attulimus, quòd eueniens casus lucri nullam secum nouam acquisitionem trahat, neque nouam vllam traditionem sed priore illa contentus sit, quæ ex dotis constitutione secuta fuit, & propter quam ius habuit dominus directus petendi laudimij, vt ipsi quoque interpretes fatentur etiam cùm inæstimatus fundus in dotem datus est. Distinctionem enim illam, vtrum æstimatus fuerit fundus dotalis, necne ad eum casum restringunt quo dos à patre vel ab alio qui dotare tenebatur data sit, non ab extraneo. Cur ergo duplici laudimio maritum onerari patiuntur pro eâdem eiusdem dominij acquisitione? Respondebunt haud dubiè, quia ad validitatem pacti De lucranda dote consensus domini directi requiritur. Hoc verò est quod nego, Et illud magis quod addunt, Non sufficere vt dominus consenserit dationi dotis, nisi etiam pacto De lucro dotis expressim consentiat, Nam siue talis casus proponatur in quo dos constitui potuerit ex bonis feudalibus vel emphyteuticis etiam inuito nedum ignorante domino directo aut ex ratione iuris communis, puta si alia bona non fuerint ex quibus congrua dos dari potuerit, siue ex generali illa consuetudine quæ apud Gallos & apud nos non modò emphyteuses verùm etiam feuda reduxit ad instar patrimoniorum, Nego consensum

esse

esse necessarium in pacto De lucro dotis, cùm sit accessorium ad dotem, & inutile quantum ad translationem dominij quod per dotis constitutionem & traditionem translatum iam fuit. Et quantumuis esset necessarius, non ideò tamen consequens statim esset laudimium deberi, quippe quod non propter consensum debetur sed propter translationem dominij, & approbationem noui emphyteutæ, qui hoc casu nullus est. Quamquam nec illud ferre possum, vt dominus qui semel consenserit dari in dotem bona feudalia vel emphyteutica quæstionem de lucro dotis faciat marito, siue lucrum illud maritus sibi vindicet ex pacto, siue ex statuto. Maximè verò si ex statuto, quod dominus non ignorauerit, Non ratione illa quam adfert Amedeus, quòd quisquis vult antecedens velit etiam consequens, Id enim non nisi de necessario consequenti intelligi potest, quale hoc esse iam negauimus, quod & Crauetta fatetur *d. cons 79. nu. 4.* Sed quia pactum de lucro dotis cùm sit non modò accessorium ad constitutionem dotis, sed etiam ex more & consuetudine apponi solitum apud eos maximè apud quos eiusmodi statuta vigent, satis adprobatum ipsum quoque videtur per contractus dotalis adprobationem. Debétque sibi imputare dominus quòd consentiendo dari in dotem bona feudalia vel emphyteutica non dixerit legem apertiùs *l. veteribus 39. D. de pact.* nec prohibuerit huiusmodi pacta dotalia quę prospicere debuit futurum vt interponerētur, adeóque vt etiamsi expressa non essent pro expressis tamen & interpositis haberentur authoritate statuti quod conuentionis vicem & authoritatem supplet. Præsumendi enim sunt contrahentes velle contrahere, vt secundum leges, ita & secundum statuta loci in quo contrahunt *l. si fundus 6. D. de euict.* Nam & solemus dicere, Ea quæ sunt moris & consuetudinis venire in bonæ fidei iudiciis *l. quòd si nolit 31. §. quia assidua D. de aedilit. edict.* Quid ergo consentit, vt bona feudalia vel emphyteutica dentur in dotem illo etiam casu quo alioquin dari non possent, hoc ipso consentit vt dentur adiectis pactionibus quibuslibet dummodò solitis licitis & honestis in quarum numero hanc esse nemo ambigit, etiam vbi statutum hac de re nullum est. Quare nec valde interesse arbitror an statutum dominus sciuerit an ignorauerit. Quòd si ponas talem casum esse, in quo dos constitui potuerit ex bonis feudalibus vel emphyteuticis etiam inuito domino, quòd alia bona nulla sint, & à patre aut ab alio qui dotare tenebatur, dos constituta fuerit, Sicuti consensus domini non est necessarius ad constitutionem dotis, etiam interpretibus ipsis fatentibus: Ita neque ad validandum pactum de lucro dotis. Enimuerò quamuis consensus ille esset necessarius nihilomagis laudimium deberetur ex eo pacto, Ex quo scilicet numquam transfertur dominium siue nobiscum sentias fuisse iam translatum per constitutionem dotis, siue quòd nullam ex eo pacto traditionem sequi vnquam necesse sit, aut possibile. Alioqui maritus iam lucratus dotem cogendus esset heredibus mulieris dotem reddere aut illam ipsam dotis partem quam lucratus esset, vt posset ab iis postmodum accipiendo nancisci dominium, quod esset absurdissimum. Pro illo autem dotis augmento consuetudinario quod apud nos obtinet, ac de quo diximus, licèt necessarium esse existimetur, non tamen dubito quin laudimium debeatur domino directo si in bonis feudalibus & emphyteuticis constitutum proponatur, licèt vt plurimùm constitui soleat in pecunia numerata, Iisdem nimirum rationibus quas attulimus vt probaremus, Pro fundis quoque dotalibus laudimium deberi etiamsi dos à patre constituta sit.

ERROR SEXTVS.

De laudimio ex permutatione debito Ad l.vlt.C.de iur.emphyt.

NON defuerũt ex interpretibus qui dixerint Ex permutatione laudimium nullum deberi. Inter quos ita sensit Io.Montanus in vsus Feudor.*lib.6.cap.4.* Ratione illa moti potissimùm vt videtur quòd Iustiniani constitutio quæ hoc ius induxit *in l.vlt.Cod. de iur.emphyt.*disertè constituit vt pro laudimio quinquagesima pars precij præstetur. Precium autem nullũ esse potest nisi cùm emptio & venditio est *l.naturalis 5.§.1.D.de præscript.verb.*iunct.*§.precium Inst. de empt.& vendit.l.1.D.de contr.empt.* Atqui permutatio differt toto genere ab emptione licèt origo emendi vendendíque à permutationibus cœperit *dict.l.1.* cùm in permutatione pecunia nulla interueniat, in qua consistere precium necessariò debet,ideóque nesciri possit vtra res sit merx, vtra preciũ,vter emptor, vter venditor *l.1.D.de rer.permut.*Deinde emptio contrahitur & perficitur nudo consensu *d.l.1.De contr.empt.* Permutatio autem re ac traditione, & vt scriptum est *in d.l.1.De rer.permut.*in permutatione res tradita initium obligationi præbet,Emptio nõ transfert dominium nisi secuta demùm traditione,adeóque nec secuta quoque traditione nisi etiam precium solutum sit aut fides habita de precio *l.quod vendidi 19.D.de contr.empt.§.venditæ Inst.de rer.diuis.* At permutatio transfert dominium cùm incipiat à traditione nec quicquam aliud exigat quod traditionem sequatur. Vnde illud etiam fit vt alienæ rei venditio valeat quantũ ad contrahendas inter emptorem ac venditorem empti & venditi obligationes quamuis res emptori aufferri possit *l.rem alienam 28.De contr.empt.*At rei alienę permutatio fieri non potest.Id enim est quod aiebat Pedius,Alienam rem danté nullam contrahere permutationem *d.l.1.De rer.permut.* quod & nomen ipsum permutationis sonat,vt alibi docuimus,significat enim mutationem non possessionis tantùm,sed etiam dominij,eámque efficacem, vt aliquid addat syllaba *per* quæ cùm additur augere semper solet.Cùm ergo tam multæ sint inter emptionem & permutationem differentiæ vt cæteras taceamus quæ sunt nõ paucæ, difficilè videtur vt Iustiniani legem de emptione duntaxat locutam ad permutationem protrahere debeamus. Sed tamen ab omnibus ferè interpretibus hæc sententia meritò explosa est, tanquam quæ & legis verbis repugnet,& multò magis menti Iustiniani.Nam vt prætermittam quod scriptum est *in l.statuliberi à cæteris 29.§.1.D.de statulib.*legem ipsam duodecim tabularum cùm de statuliberis locuta est & de implenda per statuliberum condicione, emptionis appellatione omnem alienationem complexam esse.Ex ipsis etiam verbis Iustinianeæ constitutionis apparet generalem eam esse, nec tantùm ad emptionem & venditionem,sed ad cæteras quoq; alienationes pertinere.Quęstio enim quę in ipsius legis initio ꝓponitur, de omni alienatione est & de qualibet iuris emphyteutici in alium translatione,vt apparet ex illis verbis *alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre.*Deinde in ipsa legis dispositione ita scribit Iustinianus *vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit.* Tum verò cùm laudimij modum & quantitatem præscribit ne possit dominus plus quàm quinquagesimam precij partem exigere,subiungit statim ne quis fortè ad solam

emptionis

emptionis causam restringi legem velit *vel æstimationis loci qui ad aliam personam transfertur*. Et paullò pòst *si autem nouum emphyteutam vel emptorem meliorationum* [sic enim legẽdum est *non meliorationes*] *suscipere dominus noluerit*. Et postremò ad finem legis *licere emphyteutæ etiam non consentientibus dominis ad alium suum ius vel emphyteumata transferre*. Loquitur ergo constitutio non de emptore tantùm sed de quolibet nouo emphyteuta & acquisitore qui per quãlibet speciem alienationis in prioris emphyteutæ ius successerit. Nec sanè ratio vlla est cur domini directi ius aliud sit & deterius permutata re feudali vel emphyteutica aut aliter alienata, quàm si fuisset vendita. Quid enim ipsius refert, quonam titulo dominium nactus sit is qui nouus possessor & nouus emphyteuta inuenitur? Quocũque igitur titulo facta sit alienatio, laudimium domino deberi dicendum est. Et vt sciatur ad quam vsque pecuniæ quantitatẽ ascẽdat laudimium ineũda est rei feudalis vel emphyteuticæ æstimatio ad cuius ratam laudimij quoque æstimatio sumatur, vt tractat Amed. *quæst.* 28. post Capell. Tholos. *quæst.* 27. Chassan. in Consuet. Burgund. *Tit. Des censes §. 7. num. 1.* & alios ibi allegatos. Nec enim omnis æstimatio facit emptionem sed ea tantùm quæ fiat animo contrahendæ emptionis, vt in superioribus diximus sæpiùs *ex l. æstimatis 50. D. solut. matr. l. si inter 21. C. de iur. dot. l. cùm post 69. §. cùm res D. eod.* Nec istorum errorem adiuuat quòd denũciatio illa quam Iustinianus præcipit fieri antè alienationem vt declaret dominus an velit eodem precio quod ab alio emptore offertur, rem feudalem vel emphyteuticariam retinere, permutationi conuenire non potest, in qua precium nullum versatur. Vulgo autem creditũ est post Bartolum *ad l. & ideò in princip. D. de condict. furt.* quòd cùm quæritur an soluẽdum sit laudimium priùs inquirendum est, an in alienatione sit necessarius cõsensus domini. Vt si res absque eius consensu alienari possit, nullum laudimium debeatur. Quasi consensus domini sit causa quæ effectũ laudimij præcedere debeat, & cessante causa cesset effectus. Nam respondemus quod nec interpretes ignorarunt de duplici consensu loqui Iustinianum, quorum vnus interponitur ante contractam emptionem, si dominus pro eodem precio retinere rem nolit, eámque in alium transferri patiatur, Alter post cõtractam, vt nouus emphyteuta in possessionem mittatur aut in possessione retineatur. Prior consensus nõ inducit obligationem præstandi laudimij, sed tantùm interponitur ad effectũ illum, Ne dominus possit iure illo prælationis vti quod ei Iustinianus dedit, Néve ob non factam denunciationem causari aliquando possit rem in commissum cecidisse. Posterior verò consensus ille solus est, pro quo laudimium debetur. Prior consensus ad emptionem duntaxat pertinet, in qua sola ius prælationis locũ habet pro eodem precio si dominus rem retinere malit, & si quis alius contractus est, adeò emptioni similis vt si non habeat precium, habeat saltem aliquid quod sit loco precij, qualis est datio in solutum, quæ in vicem precij habet eam ipsam pecuniam quæ debetur, & pro qua res in solutum datur *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora D. de re iudic. l. si quis aliam 46. D. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum D. de condict. indeb.* Itaque de hoc consensu nihil tractari potest, cùm res aut permutatur, aut donatur, aut legatur, quia neque his casibus ius prælationis locum habet. At posterior consensus omni casu necessarius est ad nouum emphyteutam in possessionem mittendum, aut in possessione retinendum: Ergo in his omnibus etiam casibus laudimium debetur. Atque ita supradictam Bartoli conclusionem Amedeus intelligit & restringit *quæst. laudim.* 13. scilicet vt procedat vbi consensus simpliciter & absolutè nullus requiritur, id est neque antè, neque

post contractum. Quod tamen vereor ne non satis conueniat menti Bartoli qui hac in re vt & in aliis plerisque nimis generaliter & indistinctè locutus videtur ac de primo illo consensu solo sensisse quem Iustinianus exigit ante contractam emptionem. In quo sanè deceptus fuit, sicut & decipiuntur meo iudicio cæteri interpretes qui tùm quoque cùm emptio contrahitur duplicem consensum requirunt, vnum qui ante cōtractam emptionem interponatur, Alterum qui post contractam. Cùm enim prior consensus à domino præstitus est declarante nolle se rem feudalem aut emphyteuticam pro eo precio retinere quod Titius offerat [emptoris enim persona nominanda & designanda est] quid obsecro necesse est alium eiusdem domini consensum interuenire vt emptor qui volente domino comparauit, postmodùm in possessionem mittatur. An enim veremur ne qua domino fiat iniuria, qui semel voluit? *l. in diem 9. §. 1. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Aut cur ista superuacua sollennitate emptorem onerare volumus, cùm id quod semel placuit, posteà displicere amplius non possit? *c. ulg. iuris Pontificy regula,* Iunct. *l. hæc stipulatio 14. in fin. D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Neque ad hunc casum vt arbitror illa Iustinianeæ constitutionis pars pertinet, qua constituit, vt secuta alienatione non possit dominus contradicere sed nouum emphyteutam per se suásve litteras, aut saltem per suam depositione suscipere compellatur, sed ad illum potiùs de quo in præcedentibus verbis legis, id est quo dominus accepta denunciatione noluerit volūtatem suam intra duos menses declarare, ita vt emptorem alium vetus emphyteuta quæsiuerit, Alium in quam ab eo, quem priùs nominauerat. Nec enim illa nominatio impedit ne alius emptor quæri possit dummodò sit idoneus ad soluendum canonem & ex iis personis in quas alienatio prohibita non est vt ipsa quoque habet cōstitutio. Cæterùm si & ille ipse emat qui domino fuit nominatus, & expressus domini cōsensus interueniat, nihil certè impedit quominus post factam à vēditore traditionem, quæ omnimodo necessaria est, & ad transferendum in emptorem dominium, & ne emptor potiùs prædo videatur *l. si ex stipulatione 5. De acquir. poss.* liceat emptori propria authoritate & irrequisito domino ingredi possessionem eámque pro arbitrio nansciсi & occupare. Grauísq; hic interpretum nostrorū error est, quòd existimant hoc casu rem cadere in commissum, si nouus cōsensus domini ante adprehensam possessionem non fuerit requisitus *ex d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* quæ de hoc sanè casu non loquitur. Nec tamen eo minùs debetur à nouo emphyteuta laudimium propter dominij translationem quæ in eum facta est per traditionem, licèt irrequisito domino secutam, cùm fuerit dominus ante emptionem requisitus, & emptioni consenserit. Planè si alium emptorem vēditor quæsierit, quàm quem domino directo nominauerat, nouum domini cōsensum meritò lex exigit, non vt liceat emphyteutæ rem suam alij vendere sed ne ignorāti aut inuito domino directo nouus emphyteuta acquiratur de quo nihil adhuc audierit. Ex quo intelligimus, quàm verum sit, quod toties inculcauimus, Laudimium non magis propter hunc posteriorem cōsensum deberi quàm propter priorem, sed propter solam dominij translationem, & emphyteutæ ac possessoris mutationem. Alioqui nullum hodie laudimiū deberetur cùm moribus nostris possit quilibet rem feudalem vel emphyteuticam vendere & emptorem in possessionem inducere, licèt nec à venditore dominus requisitus sit ante cōtractam venditionem, nec ab emptore post perfectam emptionem. Sunt enim duæ istæ requisitiones quas cōstitutio exigit in eo differentes, quòd prior à vēditore facienda est emptorem nominante, Posterior ab emptore venditorē designante,

signante, quia & laudimiũ ab emptore debetur, non à venditore. Ad obligãdum verò emptorem vt laudimium præstet sufficit quòd nouus sit & dominus & possessor rei emphyteuticæ, vel feudalis. Quemadmodũ & quod prioris requisitionis necessitas hodie sublata est nõ efficit quominùs saluum sit domino ius prælationis, si pro precio quod alius iam non solùm obtulerit, sed etiam soluerit, rẽ retinere malit. Quam in rem spatium trium mensium præstitutum est eo Serenissimi Ducis nostri edicto, quo prælationis ius illud quod priscis moribus nostris antiquatum fuerat, restitutum tandem fuit, vt in Codice nostro scripsimus. Idque siue de feudo agatur siue de emphyteusi. Nam & in feudis habet locum ius prælationis *Cap.1.§.porrò, vbi glos. & alij Qualit. olim feud. alien. poter.* Eámque communem esse sententiam testatur Amed. à Ponte *dict. quæst.* 13. vbi multos citat. Denique licentia vendendi hodie nulla impetranda est, quæ olim erat impetranda, non tanquam necessaria ad inducendum ius prælationis, sed tantùm vt sciri posset an dominus directus iure suo vti vellet, præferrique emptori. Sed non eò minùs etiam post perfectam emptionem iure suo vti potest si velit, similiter & sublata necessitas est impetrãdæ licentiæ ad possessionem adprehendendam, sed perinde tamen laudimium debetur ac si ea de re dominus requisitus fuisset, & consensisset. Consensus igitur omni casu sufficit vnicus tùm quoque cùm duplex olim requirebatur, Eúmque consensum satis est ex postfacto interuenire, qui olim præcedere debebat, vnus quidem venditionem, alius verò possessionis adprehensionem. Nam si dominus directus post perfectã emptionem adprobet nouum emphyteutam, quod facere intelligitur, siue inuestituram ei concedat, siue ab eo laudimium petat, satis iuri prælationis renunciare intelligitur, & suam voluntatem declarasse, quod eo iure vti nolit: Eáq; contractuum distinctio, quam suprà diximus, solo illo casu retinẽda est quo erat olim denunciatio necessaria, id est quo etiam hodie ius prælationis habere locũ põt. Vt differat emptio, itémque datio in solutum à cæteris contractibus, in quibus nec precium vllum est, nec quicquam loco precij nõ in laudimio, sed in iure tãtùm prælationis: Differat autem in duobus, Primùm in eo quod modò diximus vt in emptione & datione in solutum prælatio locũ habeat, nõ in cæteris. Deinde in eo si ius scriptum inspicias, non quo vtimur hodie, vt denunciationẽ præcedere oporteat in emptione ac datione in solutũ, nõ item in cæteris. Rursus in emptione quoq; distinguere olim oportebat, An emptor ille esset, qui nominatus erat in denũciatione facta domino, an alius, Vt si idem ille sufficeret vnicus & primus consensus, nec secundus requireretur: si verò alius emptor esset, nouũ consensum in adprehendenda possessione interuenire necesse olim erat ne res committeretur. Hodie non est hęc distinctio necessaria siue prælationis iure vti dominus velit, siue laudimium petere. Vtroque.n. casu suppletur cõsensus facto & volũtate domini præsupponẽtis vẽditionẽ valere, quã nec posset impugnare tametsi maximè vellet, cùm nostris moribus nũquã ex hac causa res hodie in cõmissũ cadat. Cæterùm variæ possũt occurrere species circa permutationẽ de q̃bus dubitari queat, An ex permutatione laudimiũ debeatur. Aut enim permutatio fit rerum ex vtraque parte feudalium, vel emphyteuticarum, vel rei feudalis & emphyteuticæ ad rem liberã & allodialẽ. Illũ enim casum quo res allodialis cum allodiali permutetur, etsi frequenter potest contingere, consultò tamen prætermittimus quia nullum huic quæstioni locum relinquit. Sed & interdum contingit vt res feudalis cum emphyteuticaria permutetur: qui casus nouam etiam habere quæstionem potest apud eos qui rectis & propriis vtuntur feudis, quæ permulta habent à iure emphyteutico separata, si permutatio fiat

rei feudalis ad feudalem, vel emphyteuticariæ ad emphyteuticariam, magis cõmuniter probatum est, laudimium nullum deberi, siue quòd sine consensu domini possit fieri huiusmodi permutatio, vt tractat Bald. *ad l. si domus 71. §. vlt. de legat.* 1. Rip. *ad l. qui Romæ 122. §. duo fratres De verb. oblig. & ad l. 2. in princip. nu.* 38. *D. de reb. credit.* Siue quòd reperiatur persona iam adprobata vt ratiocinatur Amedeus à Ponte *quæst. laudim.* 28. Vbi tamen addit exceptionem, Dummodò bona fide facta sit permutatio. Nam si in fraudem facta esset, id est, vt explicat Iul. Clar. *in §. emphyteusis quæst.* 17. si effectu ipso emphyteuta rem venderet, sed verbis contractus assereret se permutare vel donare vt priuaret dominum iure prælationis, nihilominùs posset dominus directus fraude probata, vti suo iure prælationis, vt ex Baldo & Ripa concludit Clarus: Addens fortè etiam de iuris rigore dici posse, quod hoc casu emphyteuta propter huiusmodi alienationem cadat à iure emphyteutico. Atque ita multos sensisse ait, licèt non audeat ipse affirmare sententiam eorum veram esse. Ego verò sicuti cùm fraus in permutatione admissa est defendo intrepidè, Emphyteutam omni iure priuandũ esse, adeóque ipso iure rem sic permutatam in commissum cadere, perinde acsi in quauis alia parte circa ea quæ ad alienationem rei feudalis vel emphyteuticæ pro forma præscripta sunt, peccatum esset, Ita cessante fraude contendo ex permutatione huiusmodi laudimium deberi. Atque vt ab eo casu exordiamur, quo fraudem admissam esse constet, quis ferat impunitam esse fraudem vasalli aut emphyteutæ id agentis, vt dominum directum cuius beneficio rem habet, iure suo priuet ac spoliet? Nam si ratione agẽdum est, an non aperta ingratitudo est eius, qui aduersus dominum à quo beneficium accepit [nam & emphyteusim dare beneficij speciem quædam est] iniuriam machinetur? & cõsequenter digna quę commissi, & vt vocant, caducitatis pœna coerceatur? Præclarè Seneca, Nullam iure nostro ingrati actionem comparatam esse, quòd tanto sceleri nulla par satis & congrua pœna irrogari posse videretur. Quid verò iustius, adeóque humanius quàm vt in eo saltem in quo peccauerit, puniatur, vt in specie *l. rescriptũ 6. D. de his quæ vt indign. l. Paulus 24. in princip. D. ad leg. Falcid.* Etsi verò fraus omnis punienda est, nec dolus malus debet vnquam manere impunitus, ne tùm quidem cùm alij nulli nocet *l. procurator 11. §. 1. D. de doli mal. except.* odiosior tamen illa fraus est quæ fit clam & per cuniculos quàm quæ aperto dolo. Ideóque grauiùs puniri solet, qui clam peccat quàm qui palàm, Propterea quòd palam delinquentes vt errantes maiore pœna excusantur, Clàm verò committentes vt contumaces plectuntur, inquit Paulus *in l. vlt. in fin. D. de rit. nupt.* iunct. *l. pupillus 5. §. sed si per interpositam D. de author. tutor.* Et grauiùs quoque peccare intelligitur, qui in fraudem legis aliquid facit, quàm qui directò contra legem, quia contra legem facit is demùm qui id facit quod lex fieri prohibet. In fraudem verò legis ille, qui saluis verbis legis sententiam eius circumuenit *l. contra legem 29. D. de legib.* Ergo & in proposito similiter fatendum est Vasallum aut emphyteutam qui rem feudalem vel emphyteuticariam permutare se dicit quá reuera vendit, neque id alia mente, quàm vt domino directo ius offerẽdi præripiat, peccare grauiùs quàm si contra legem apertè venderet extraneo, nulla priùs facta domino denunciatione. Et ideò quamuis suprà dixerimus, sublatam esse nostris moribus necessitatem illam quam Iustinianus induxerat denunciationis faciendæ domino, & requirendi an velit ipse præferri necne, nec proinde rem hodie cadere in commissum etiamsi non sit seruata forma quam constitutio illa præscripsit, Non idcircò tamen consequens est, vt eo quoq; casu quo fraus

fraus admissa sit pœnam commissi & caducitatis pariter sublatam dicere oporteat, cùm longè maior sit ratio eius retinendæ, quando tanta fraus admissa est, quàm si per imperitiam aut iniuriam duntaxat emphyteutæ, ac sine dolo malo legis sollennitas omissa fuisset, præsertim cùm ea omissio non auferat domino ius prælationis propter quod volebat lex fieri denunciationem. Nec quòd hodie feudalia bona & emphyteuticaria redacta sint ad instar patrimoniorum, facere debet vt vasallo vel emphyteutæ permissum videatur impunè fraudem domino facere in bonis feudalib. & emphyteuticis, quæ nulla fieri potest in allodialibus. Alioqui sequeretur, nec vlla domino directo laudimia hodie deberi ex feudalium vel emphyteuticorum bonorum alienatione, quia neque ex allodialium vlla deberentur, quod tamen falsum est. Nihil enim aliud facit hæc consuetudo nisi vt tam vasallus quàm emphyteuta liberam habeat de bonis etiam feudalibus & emphyteuticis etiam irrequisito domino disponendi facultatem, neque verendum habeat ne ex hac causa res in commissum cadat. Sed ita tamen vt salua maneant iura cætera omnia domini directi, maximè verò quantum ad laudimium, & ius prælationis. Cæterùm non inducit hæc consuetudo fraudandi licentiam, nec proinde tollit pœnam quæ fraudi debetur. Alioqui corruptela dicenda esset non consuetudo, nec valere posset quæ vasallum & emphyteutam ad delinquendum inuitaret *l. iuris gentium 7. §. illud nulla D. de pact. l. vltim. Cod. eod.* Pœna igitur commissi & caducitatis quam Iustinianea lex induxit, sublata videri hoc casu non potest, adeóque si nulla adhuc lex hac de re lata esset, nouam vtique ferri oporteret, ne dolus maneret impunitus. Neque enim punitus videri debet, ob hoc solùm, quod perinde ad solutionem laudimij emptor condemnetur qui emit sub specie permutationis acsi palàm emisset, itémque vt perinde directus dominus habeat ius prælationis. Hoc namque modo nihil aliud consequimur nisi vt nullum fraudis suæ fructum contrahentes sentiant, at non etiam vt eorum dolus coerceatur: Aliud siquidem est lucrum quod ex fraude sperabant ipsis auferre, aliud verò damnum iis aliquod infligere *l. quod autem 6. §. simili modo dicimus D. quæ in fraud. credit. l. 3. De vi & vi armat.* Damnum autem aliquod propter fraudem semper infligendum est *dict. l. procurator 11. §. 1. De doli mal. except. l. Imperator 50. D. ad SC. Trebellian.* Deinde hac ratione puniretur emptor solus non etiam venditor si res in qua fraus facta est, non caderet in commissum. Ius enim prælationis emptori tantùm rem auffert, non etiam precium venditori, qui iam in alium rem transtulit, & similiter laudimij solutio ad emptorem spectat non ad venditorem. At pœna commissi & caducitatis venditorem potissimùm afficit, qui pro re quam amittit, nullum precium aut à domino directo, aut ab emptore consequitur. Quamquam si iam emptor precium venditori vltrò soluisset, difficile esset dicere dandam ei aduersus venditorem vllam repetitionem si particeps ipse fraudis fuisset, cùm in pari causa & turpitudine melior debeat esse condicio possidentis, & eius qui conuenitur *l. 2. §. vltim. l. 3. 4. & penultim. D. de condict. ob turp. caus.* iunct. *l. suæ rei 16. l. si in emptione 34. §. 1.* ibi *nisi vltrò quod conuenerit præstet. D. de contr. empt.* Nam qui scit ne fraudem participat non ab alio decipitur, sed à seipso *l. nam si scit 26. De rei vindic. l. 1. & tot. tit. Quæ in fraud. cred.* nec quicquam æquius est, quàm vt consilium malum consultori ipsi sit pessimum *l. consilij 47. De regul. iur.* Sed si fraus nulla in permutando interuenerit, dico adhuc tamen ex permutatione laudimium deberi, tametsi rerum vtrimque feudalium & emphyteuticarum permutatio facta sit,

LII

Cùm ex vtraque parte dominium transferatur & laudimium ex quacumque dominij translatione, ac vasalli aut emphyteutæ mutatione debeatur, Æstimatione scilicet facta rerum permutatarum, vt ad ratam æstimationis quantitas laudimij certa constitui possit. *Ex dict.l.vltim.Cod.de iur.emphyt.* Nec me mouet quod nostri obiiciunt, Non esse hoc casu necessarium consensum domini. Nam si de eo consensu intelligunt qui præcedere debet acquisitionem, Iam diximus toties in præcedentibus, nihil commune habere consensum illum cum iure laudimij, cui causam dat sola dominij translatio, non etiam domini consensus ante contractum præstitus, Maximè in eo genere contractuum in quo nihil de iure offerendi tractari potest neque de iure prælationis, in quo genere ac numero permutatio est. Si verò de illo consensu loquuntur, quem Iustiniani lex vult interponi post contractum, & ante adprehensam possessionem, & quem hodie sufficit etiam post adprehensionem possessionis interuenire, falsum est non esse hunc consensum necessarium, Cùm vel ab initio, id est ante possessionis adprehensionem adhiberi debeat vel saltem ex postfacto, id est intra tempus, intra quod petenda & concedenda est inuestitura; Ne alioqui nouum vasallum aut emphyteutam dominus directus inuitus habeat, licèt consentire cogendus sit si non habeat iustā contradicendi causam, hoc est dum ne facta sit alienatio in personam prohibitam, vel minùs idoneam *dict.l.vltim. Cod.de iur.emphyt.* Neque contrarium est quod habet iuris regula, Ea quæ alio inuito fieri possunt, fieri etiam posse illo ignorante *l.qui potest 26.de regul.iur.* Id enim tùm verè dicitur cùm ea de re agitur quæ potest fieri alio inuito simpliciter & absolutè. Hoc verò non est eiusmodi, cùm aliquo casu possit euenire vt non sit cogendus dominus consentire, Nimirum si iustam aliquam contradicendi causam habeat. Scire igitur debet vt videatur nō contradicere, quemadmodum *in l.2.§.vltim.D.solut.matr.* Sed & eo casu quo contradicere non potest, nihilominùs æquum est adprobari ab eo nouum vasallum aut emphyteutam, ob eámque adprobationem laudimium ei præstari tamquam vero eius rei domino *dict.l.vltim. Cod.de iur.emphyt.* cùm translatio quæ ex causa permutationis facta est non impediat quominùs maneat ille dominus directus, Cùm habuerint permutantes dominium duntaxat iuris illius feudalis vel emphyteuticarij quod inuicem transtulerunt, non etiam proprietatis rerum permutatarum *dict.l.si domus 71.§.vltim.de legat.1.l.1.& 2.D.si ager vectig.vel emphyt. ess.dicat.* Minùs me altera illa ratio mouet, quòd persona vtriusque emphyteutæ iam sit à domino adprobata: Non enim facit vetus adprobatio quin sit opus noua, quoties noua dominij translatio sit. Nec quicquam vetat esse quem idoneum ad solutionem canonis pro vna re debiti, qui tamen non æquè esset idoneus ad soluendum canonem pro alia re, quæ onerata esset vt quotidie accidit, grauiore pensione: Et vt maximè sit idoneus, & eum admittere cogendus dominus, Perinde tamen laudimium deberi dicendum est, quia verum est nouum hunc esse vasallum, nouúmque emphyteutam & possessorem huius rei, quam ex permutatione acquisiuit, & cuius nomine numquam fuit adprobatus. Neque verò inspiciendum est an causa aliqua sit propter quam aut adprobari debuerit, aut potuerit non adprobari, sed tantùm an adprobauerit, Imò verò an paratus sit adprobare. Hoc enim sufficit, vt ius habeat laudimij petendi, quòd per eum non stet quominùs adprobet & suscipiat nouum possessorem. Nam etsi vellet dominus directus contradicere qui tamen nullām satis iustam contradicendi causam haberet, non idcircò petendi laudimij jus amitteret, sed si-

uede:

ue de prælationis iure, siue de caducitatis pœna iniustè contenderet, non alia contra eum sententia ferri posset, quàm vt laudimio contentus esse cogeretur. Quomodo Senatus noster passim pronunciat. Túmque demùm inciperet ei competere ius agendi ad pœnam commissi & caducitatis, cùm nouus emphyteuta laudimij solutionem iniustè denegaret. Semper enim iustum est desiderium domini directi ad commissi pœnam agentis, cùm nouus emphyteuta per contumaciam & dolo malo recusat vel laudimium soluere, vel quid aliud facere, quod vel ex lege inuestituræ vel ex iuris siue feudalis, siue emphyteuticarij ratione facere & præstare teneatur. Cùm ex sola ipsa debiti & officij denegatione appareat quanti referat & intersit directi domini, talem vasallum aut emphyteutam non habere. Solet tamen Senatus noster summo æquitatis temperamento quoties talis casus emergit, locum relinquere pœnitentiæ, nec priùs pœnam commissi vel caducitatis irrogare quàm præterierit tempus quod ei præstituit Senatus ad soluendum laudimium, aut ad faciendum id de quo faciendo iustè vrgetur, Non quidem quasi concepta condemnatione sub condicione quod fieri numquam debet, sed quomodo concipi pronunciationes solent, vulgaribus his verbis *à faute de payement des louds, & autres choses demandees dans le mois.* Quibus verbis laudimiorum solutio non in condemnatione est, sed tantùm in præstatione, vt *in l. 1. De pen. legat. l. 1. §. item si ita D. ad legem Falcidiam l. cùm sine præfinitione* 19. *l. si penum* 14. *D. quand. dies legat. ced. l. nuda* 5. *Cod. de contr. & committ. stipulat.* Nihil igitur causæ est cur hoc casu ad inducendam laudimij præstationem exigamus cum Amedeo à Ponte *dict. quæst.* 28. vt in recognitionibus hoc ipsum expressum sit vt ex permutatione quoque rei feudalis vel emphyteuticariæ etiam cum alia re feudali vel emphyteuticaria laudimium debeatur. Frustra namque in pactum deducitur, quod iure communi conceditur *l. si quis duas* 6. aliàs *l. si in venditione in fin. D. commun. præd.* Debuerat potiùs Amedeus casum illum excipere quo res permutatæ ambæ quidem feudales essent aut emphyteuticariæ, at non respectu eiusdem domini directi, sed, quod plerumque accidit, respectu diuersorum. Hoc enim casu cessant duæ rationes illæ quibus nostros moueri diximus vt nullum ex permutatione laudimium deberi putent. Quidni enim hoc casu consensus vtriusque domini sit necessarius? non quidem ad permittendam permutationem quam & irrequisito & inuito vtroque domino fieri posse admittimus, sed ad nouum vasallum aut emphyteutam adprobandum, qui vtique nondum potest videri adprobatus, cùm fiat non modò nouus emphyteuta, sed etiam noui domini, in re illa quam ex permutatione acquisiuit. Nec sanè puto quemquam esse tam imperitum rerum æstimatorem qui non hoc saltem casu admittere debeat, Ex permutatione laudimium deberi.

ERROR SEPTIMVS.

Si res feudalis vel emphyteuticaria permutata sit cum allodiali vel feudalis cum emphyteuticaria.

FIUNT plerunque permutationes rei alicuius feudalis vel emphyteuticariæ cum re allodiali, Nec tamen sine fraudis suspicione apud eas gentes quæ rectis & propriis feudis vtuntur: Quorum natura & condicio illa est vt moriente vasallo sine masculis, ea ad dominum reuertantur, etiam filiabus ex vasallo superstitibus *Tit.8. De success. feud. in vsib. feudor. lib.1.* Solent enim qui præuident fore, vt breui absque prole moriantur, eiusmodi res feudales cum allodialibus permutare, quarum commodum sine vllo metu ad heredes quantumlibet extraneos sint transmissuri. Et quamuis in emphyteusi aliud sit, quæ sui natura ad quoscunque heredes si non sit ecclesiastica transmitti potest. Euenit tamen aliquando vt hac parte idem iuris sit in emphyteusi, quod in feudo, siue quòd ab initio lex talis emphyteusi dicta sit, quæ semper haud dubiè seruanda est *l.1. Cod. de iur. emphyt.* Siue quòd ita ferat loci consuetudo, quæ in his potissimùm quæstionibus maximè attenditur, dummodò neque legibus, neque bonis moribus repugnet, vt interpretes omnes consentiunt. Súntque apud nos huiusmodi emphyteuses non paucæ, quas nos vulgò talliabiles appellamus, & quas sub nomine vel homagio talliabilitatis recognitas esse satis est, vt appareat reuerti eas debere ad dominum si contingat possessorem sine liberis mori, quoniam qui apud nos sunt fundi talliabiles recti feudi naturam quodammodo retinent, quantum ad onus reuersionis, nisi quòd in feudis rectis & propriis fœminæ non succedunt, sed in iis tantùm quæ non habent propriam naturam feudi, de quibus *in vsib. Feudor. Tit. De feud. non habent. propr. natur. feud. lib.2.* In feudis verò talliabilibus apud nos etiam fœminæ succedunt plerisque in locis, quamuis non in omnibus pro variis locorum & prouinciarum moribus, vt in Codice nostro clariùs à nobis explicatum est. Vnde fit vt notarij nostri, qui censualium recognitionum instrumenta stipulantur, nomina ista feudi & emphyteuseos confundant, & passim pro synonimis accipiant, scribántque talem possessorem recognouisse talem rem in feudum & emphyteusim à tali domino directo, Cùm tamen non possit eadem res, & feudalis esse & emphyteuticaria. Feudum enim merum infeudantis beneficium continet licèt vix sit vt non aliquod habeat onus admixtum. Emphyteusis verò emphyteutam onerat ab initio vt rem alioqui sterilem, aut minùs vberem impensa sua faciat meliorem & vberiorem, propter quam causam contractus hic emphyteuticus etiam contractus meliorationis appellatur, Et meliorationes cum iuribus emphyteuticis confunduntur *in d. l. vltim. & tot. tit. Cod. de iur. emphyt.* Neque rursum dare feudum omnes possunt, vt constat ex *Tit. feudor. Qui feud. dar. poss.* At emphyteusim constituere quilibet potest *§. adeò Instit. de locat.* sicut & vendere & locare. Ex quibus differentiis aliæ pleræque nascuntur de quibus nunc dicere nihil attinet, quia nec de iis inter nostros dubitatur. Licèt dici soleat, In iis omnibus in quibus aliud expressim constitutum non est in feudo, quàm in emphyteusi, regulis iisdem regi emphyteusim quibus & feudum regitur. Quomodo de venditione & locatione solemus dicere, de quibus tamen nemo dubitat quin diuersi sint, & separati contractus *l.2. l. item si precio 22. §. vltim. locat.* Sed & sunt apud nos pleræque emphyteuses sic ab initio contractæ vt moriente quandocunque sine liberis emphyteuta fundus ad concedentem reuertatur, adiecta nonnunquam in condicione qualitate masculorum, vt non impediat reuer-

sionem

sionem quòd dominus filias reliquerit. Nonnumquam etiam prætermissa, v ad excludendum dominum sufficiat emphyteutæ superstitem vel vnam filiam reliquisse. Quas etiam emphyteuses pragmatici nostri appellare talliabiles solent, minùs honesto sanè ac apud nos propemodum infami licèt frequenti vocabulo. Parúmque verè, cùm sola condicio reuersionis non faciat rem talliabilem. Alioqui feuda omnia recta & propria quantumuis nobilia, possent dici talliabilia, quod stultum esset. Siue igitur feudalis res esse proponatur, siue emphyteuticaria quæ ex conuentione reuerti ad dominum debeat moriente quandocunque emphyteuta sine liberis, Quæritur sæpissimè, Vtrum si talis res permutata sit cum allodiali, valeat permutatio, quasi hoc ipso fraudis suspicio non leuis incurrat. Quid enim si præthereà illud concurrat vt ab infirmo facta sit? Quid si etiam illud, vt ex ea infirmitate post breue tempus, vt puta post vnum aut alterum mensem decesserit is, qui rem istam permutauit cuius reuersionem verebatur? His sanè concurrentibus putant plerique non modò suspectam, sed etiam euidenter fraudulentam esse permutationem, ideóque faciendam irritam, vt ea non obstante perinde res permutata reuertatur ad dominum acsi in permutantis bonis mansisset. Atque ita in Camera Pedemontana iudicatum fuisse in persona illius qui iam in infirmitate constitutus & sine prole rem feudalem cum allodiali permutauerat & ex ea infirmitate post duos menses decesserat, Amedeus supradicto loco testatur. Ego verò, quod salua tantorum Iudicum dignitate tantique viri authoritate dictum sit, aliter iudicatum vellem. Ita enim esto, vt qui rem aliquam possidet siue feudalem, siue emphyteuticariam, quam scit se moriente absque liberis ad dominum reuersuram, si cùm se & infirmum & spe habendæ prolis destitutum videret, eam rem cum allodiali permutauerit, ea mente id fecerit, vt ius domini excluderet ac spem reuersionis extingueret. Nego tamen inde fieri vt in fraudem domini quicquam fecisse videatur. Cùm sibi potiùs prospexerit ne rei suæ iacturam faceret & vt heredibus quos habiturus esset siue testamentariis, siue legitimis opulentiorem hereditatem relinqueret: quod certè nullo iure prohibitum est: Sicut enim dicimus non videri dolo facere illum qui fraudem excludit *l. cùm pater 77. §. Titio fratri antep. De legat. 2.* Sic neque dolo facere videtur, qui agit quantum potest ne cum vita bonorum quoque suorum iacturam incurrat, licet eo modo futurum sit vt lucri spem alteri adimat. Non enim damnum vllum intelligitur in iactura lucri quod sperabatur *l. quod autem 6. §. simili modo dicimus D. quæ in fr. ud. credit. l. 3. in princip. D. de vi & vi armat.* Et quamuis verum sit quod ait Vlpianus ita licere cuilibet facere condicionem suam meliorem dum ne vicini deteriorē faciat *l. 1. §. sed & s fssu D. de aqua & aqua pluu. arcend. l. quidam Hiberus 13. D. vrban. præd. l. sicut 8. §. Aristo. 5. D. si seruit. vindic.* Attamen illud quoque verum est, aliud esse nocere, aliud non prodesse *dict. l. 1. §. sicut autem De aqua & aqua pluu. arcend.* Prodesset sanè domino directo mori hunc emphyteutam & sine liberis & possessorem rei feudalis, vel emphyteuticariæ, vt ea res ad dominum reuerteretur. Sed cùm emphyteuta rem permutat ob hoc ipsum ne ad dominum reuerti possit, non tam nocet domino directo quàm non prodest, impediendo ne lucrum ei deferatur: quod cùm fit, non ideò tamen dominus fit pauperior cui lucrum eripitur, quemadmodum nemo dicitur ob id factus locupletior quod alieno beneficio consecutus sit ne expenderit pecuniam quam alioqui fuerat expensurus *l. 5. §. concessa §. si maritus §. cùm igitur, & sequent. De donat. int. vir. & vxor.* Denique nulli interdictum

est lucri occationē alteri præripere ne damnum ipse sentiat, nec in eo fraus vlla versatur *l. quia autem 6. §. si patronus in fi. D. si quis omiss. caus. testa.* Adeò vt nec suos creditores fraudare dicatur is qui delatam sibi hereditatē aut legatum repudiat, licet ex eo futurum sit vt creditores morentur in damno quibus ex hereditate si adita fuisset, aut ex legato si nō fuisset repudiatum satisfieri cōmodè potuisset *l. quod autem 6. in princ. & §. 1. D. quæ in fraud. cred.* Quod ego sic intelligo, Etiamsi fecerit eo animo vt creditoribus suis noceret. Non enim iis nocet nisi hactenus quòd eis prodesse non vult, cùm posset si vellet: Nec cogendus est alieni compendij causa hereditatem adire extra causam hereditatis fideicommissariæ, ex Trebelliano restituendæ *l. nam quod 14. §. non omnis l. non est cogendus 53. D. ad SC. Trebell.* nec similiter prohibendus id facere per quod sibi prospiciat, ne damnum incurrat, etiamsi ex eo futurum sit vt alius lucri spe frudetur. Est enim sic à natura comparatum, vt omnes sibi malint bene esse quàm alteri, nec attendenda sunt etiam damna, quæ non accidunt nisi per consequentias *d. l. quod autem iunct. l. 1. & l. quod dicitur 7. D. de author. tut or.* Alioqui paulatim eò absurdi decurrendū erit in proposito, vt neque huic emphyteutæ nullos habenti liberos permittamus vxorem ducere ex qua liberos sperare possit, Ne dum liberorum spem sibi parat, domini directi spem diminuat, & hoc ipso eum fraudare velle existemur. Quid enim refert viro modo sibi consulat, aut vxore ducta, aut re permutata? Nam quod in ea specie quam Amedeus tractat, proponitur emphyteuta infirmus iam fuisse tempore permutationis, & ex ea infirmitate decessisse, fraudem inducere non potest sed necessitatem potiùs capiendi prudentis consilij, & prouidendi, ne quid ex præuisa morte damni hereditas patiatur. Itaque vel dolus hic nullus est, vel si quis sit bonus est, quem ciuilis legislator laudat potiùs quàm improbat *l. 1. D. de dolo malo.* Et verò quid absurdius esse potest, quàm huic emphyteutæ imputare cur eam rem feudalem vel emphyteuticariam quam sciebat se mortuo ad dominum reuersuram non retinuerit diutiùs ob hoc solùm vt ad dominum reuerti posset? An nō tale hoc esset, quale si velles alicui testato imputare, quod intestatus non decessisset? vt argumentatur I. C. *in l. posthumus 6. in princ. D. de inoff. testam.* Nam quemadmodum ait ille non posse hoc dici, quia nemini interdicitur factione testamenti, Ita & in proposito possum dicere, Non posse emphyteutæ imputari consilium fraudis ob id solùm quòd infirmus, & cœlebs si voles rē feudalem vel emphyteuticariam vendiderit aut permutauerit, Nec enim cuiquam interdicitur permutandi vendendive potestate. Sed & me illud valde mouet, quod negari non potest, quin per eiusmodi permutationem etiamsi maximè in fraudem facta esset dominium in eum, cui permutatio fit, transferatur, neque tantùm si emphyteuta solus consilium fraudis inierit, sed etiam si acquisitor quoq; fraudem participauerit *l. si sciens 26. in fin. D. de contr. empt.* vbi hæc differentia perelegans ponitur inter eum qui emit à prodigo aut ab alio quem Prætor ex alia causa prohibuerit alienare, Et eum qui emerit à debitore fraudante suos creditores. Ob eámque nimirum causam necessaria est actio reuocatoria, quæ alienationem hanc rescindat vt res in fraudem vendita reuerti possit ad bona debitoris *§. item si quis Institut. De action. & tot. Tit. Quæ in fraud. credit. D. & Cod.* quæ porrò non datur, nisi contra scientem acquisitorem, qui fraudem participauerit *l. 1. l. ait Prætor 10. §. sciente te & pass. D. ill. tit.* Finge igitur in ea specie quam tractamus, Eum qui rem allodialem putauit, non fuisse conscium fraudis quam emphyteuta meditabatur, quod facilè potest contingere siue

quòd

quòd putet æquè allodialem illam esse, siue quòd reuersionis condicionem ignoret, Vt est alieni facti ignorantia semper non modò tolerabilis sed etiam præsumenda *l. vltim. D. pro suo l. doli* 19. *§. diuersum D. de nouat.* Quæro, quanam ratione vel actione possit dominus directus huic ius aufferre qui nactus est ex rei feudalis vel emphyteuticæ permutatione? Nam vtique reuocatoria hoc casu non competit quæ nec in casu edicti prætorij daretur contra eum qui particeps fraudis non fuisset. Et tamen si verum est quod interpretes omnes adfirmant dominium quod illi vocant vtile transferri in accipientem, fieri certè nequit vt postquàm ei acquisitum fuit qui rem allodialem permutauit, ei postmodum inuito aufferatur *l. si ego* 9. *§. si res D. de iur. dot.* cùm alieni facti & doli pœnam pati non debeat. Ergò debuerat Amedeus hunc saltem casum excipere quo rei allodialis permutator fraudem vasalli vel emphyteutæ non participasset. At neque video, quænam fraus ex parte huius acquisitoris excogitari possit, cùm dat rem allodialem pro emphyteuticaria vel feudali: Nec rursus, quodnam adeò magnum damnum pati videatur dominus directus ex permutatione huiusmodi, cùm æquè spem reuersionis habiturus sit, etiam rata manente permutatione. Quid enim vetat etiam hunc allodialis rei permutatorem quamuis tempore permutationis & infirmus sit & liberos habeat, priorem tamen mori sine liberis, ita vt per eius obitum ea res ad dominum reuertatur? An non ea rerum humanarum vicissitudo & inconstantia est, vt quotidie tale quid accidat? Quod etsi non tam citò eueniret quoniam aliud est, Posse eum quoque qui iuuenis & sanus sit citò mori, Aliud verò, Non posse infirmum aut senem diutiùs viuere, An ideò tamen fit vt spes domini quæ differtur tantùm, etiam aufferatur ei, & intercidat? Minimè verò. Postquàm eo iure vtimur ex consuetudine plerisque Senatus nostri consultis adprobata, vt condicio illa *si sine liberis emphyteuta decesserit*, non adeò sit personalis quin transferatur in nouum possessorem, Ita vt moriente eo quandocumque sine liberis res ad dominum reuertatur, licèt ille ipse qui recognouit aut adhuc viuat, aut moriens liberos reliquerit, quasi condicio sit realis potiùs quàm personalis, & afficiat possessionem personámque cuiuslibet possessoris. Quod tamen fit ex consuetudine apud nos inueterata potius quàm ex iuris ratione quæ condiciones omnes pro personalibus habet, nec patitur vt eius cui adscriptæ sunt personam egrediantur *l. qui heredi* 44. *l. Mæuius* 55. *l. à testatore* 109. *De condicion. & demonstrat. l. cùm pater* 77. *§. ab instituto De legat.* 2. Sed neque video qua ratione possit dominus directus ob huiusmodi spem dici creditor vt in eius fraudem facta permutatio dici possit, & vt aliquo modo pertineat *ad Tit. Quæ in fraud. credit.* Nihil enim vasallus aut emphyteuta ei debet hoc nomine, & quod moriente vasallo vel emphyteuta sine liberis, res ad dominum reuersura est, onus & qualitatem rei respicit non personæ. Itaq; non facit hæc ratio dominum creditorem, Cui sufficit quod eueniente cōdicione rem vindicare possit quasi suam, & iure directi dominij, quod impedit potiùs ne id quod iam suum potest dicere, adhuc sibi deberi possit dicere *l. non vt ex pluribus* 159. *De regul. iur.* cùm magis eius fieri non possit *§. sic itaque Institut. de action.* Nihil enim aliud addit euentus condicionis, nisi quòd possessoris ius extinguit, quo durante dominus rem licèt suam vindicare non potuisset *l. 1. & tot. tit. D. si ager vectig. vel emphyt. eff. dicat l. lex vectigali* 31. *D. de pignor.* Cæterùm extincto iure dominij vtilis, vt vocant, solum directum ma-

iet, quod liberam domino & directam dat vindicationem, impeditque ne quid sibi debitum possit dicere: Exemplo eius quod scriptum est *in l. si heres 70. in princip. D. ad SC. Treb.* Si heres institutus rogatus sit de restituenda hereditate Titio, & rursum Titius de eadem hereditate post aliquod tempus eidem heredi reddenda, tempore adueniente sufficere heredi actiones directas, nec vlla eum restitutione indigere. Atqui creditorem esse dominum directum oporteret, vt posset conqueri fraudatum se ex permutatione. Nec enim qui dominium habet fraudari in re sua potest, adeóque nec qui creditor est pignoratitius, cuius quippe ius per nullam alienationem deterius fieri potest, licèt dominium rei obligatæ in alium transferatur *l. debitorem 15. C. de pign. l. 1. §. 1. D. eo.* Idque est quod sæpe monuimus *Tit. quæ in fraud. credit.* non ad pignoratitios, sed ad chirographarios tantùm creditores pertinere. Porrò non aliter potest existere condicio reuersionis quàm si is qui moritur sine liberis possessor inueniatur, & dominus vtilis tempore mortis suæ quoniam ea condicio ad tempus mortis relata est. Ergo quandiu vasallus viuit aut emphyteuta liberum ei est permutare citra suspicionem fraudis, & vendere, adeóque donare dummodò bene merentibus personis, & inter viuos, vt dicemus in sequentibus, Solúmque ei est interdictum ne quid per legatum aut aliam speciem vltimæ voluntatis relinquat, vt de liberto, cui nō malè hic cōparatur de quo agimus, scribit Iulianus *in l. viuus 9. D. si quid in fraud. patron.* qui textus ad hanc nostram sententiam confirmandam omnium accommodatissimus est. Nam & qui ipsi sunt talliabiles, & dedititiæ apud nos condicionis, quandiu tamen viuunt liberā de bonis suis inter viuos disponendi facultatem habent, soláque testamenti factio iis interdicta est quia viuunt liberi quamuis moriantur quodammodo serui vt in nostro Codice scripsimus sub *Tit. De dedit. libert. tollend.* Quantò magis eadem alienandi libertas illi relinquenda est, qui plenam & romanam libertatem habet, licèt rem possideat quæ moriente eo absque liberis ad dominum sit reuersura? In summa non fraudat qui impedit ne condicio aliqua existat ex cuius euentu alius lucrum sentire potuisset *d. l. quod autem 6. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* nec prohibetur quisquam heredibus suis perinde ac sibi ipsi prouidere *l. si pactum 9. D. de probat. l. tale pactum 40. §. vltim. D. de pact.* Obstant tamen huic nostræ sententiæ quidam iuris loci de quorum sententia dicendum nobis est, vt tota hæc quæstio quæ in foro satis frequenter occurrit meliùs tota discutiatur.

ERROR OCTAVVS.

Si permutatio rei feudalis vel emphyteuticæ fuerit simulata, Ad l. si filia 5. D. de diuort. & ad l. filia mea 59. D. solut. matrim.

HIs quæ proximo capite disputauimus pro permutatione ab ægro & cœlibe facta rei feudalis aut emphyteuticariæ, quæ ad dominum directum reuersura sperabatur, cum re allodiali, & quidem ea mente vt ius reuersionis impediretur, Valde obstare videntur quidam iuris loci,

loci, quorum authoritate mouentur qui contra nos sentiunt vt permutationem hanc irritandam putent, quasi in fraudem domini directi factam. Primus locus est *in l. si filia 5. D. de diuort.* vbi Vlpianus scribit, si filia emancipata idcircò diuerterit vt maritum lucro dotis adficiat, eam fraudare patrem qui profectitiam dotem potuisset petere si constante matrimonio filia decessisset. Et ideò patri succurrendum est, inquit, ne dotem perdat. Non enim patri minùs quàm marito succurrere Prætorem oportet. Danda igitur ei est dotis exactio, ait Vlpianus, atque si constante matrimonio filia decessisset. Alter locus est *in l. filia mea 59. D. solut. matrim.* vbi Iulianus, Filiæ meæ, inquit, emancipatæ & ægræ vir in hoc repudium misit, vt mortua ea dotem potiùs heredibus eius, quàm mihi redderet, Sabinus dicebat vtile mihi eius dotis recuperandæ iudicium dandum esse: Non alia vtique ratione quàm quòd non nisi in fraudem meam diuortium hoc factum esse videatur. A quibus non est valde alienum, quod Paulus tractat *in l. pater 71. D. de euict.* Si pater nomine filiæ in dotem dederit fundum, qui posteà sit euictus, patri permittendum esse vt contra venditorem suum agat vel ex empto, vel ex duplæ stipulatione, quasi damnum ipse quoque patiatur. Etsi enim nō sicut mulieris dos est, ita & patris esse dici potest, vt ex eo colligere licet quod pater hic dotem à se profectam non cogitur fratribus suis cōferre constante matrimonio, Ipsius tamen interest, inquit Paulus, filiam habere dotatam, & spem quandoque recipiendæ dotis, omni casu quo filiam eo viuo mori contingeret siue in matrimonio, siue post diuortium. Vtique si filia fuit in potestate quæ sine patre repudium nec mittere potest, nec admittere. Sed si emancipata proponatur, Vix poterit defendi statim committi stipulationē, Cùm minùs intersit patris habere hanc filiam dotatam, quandoquidem non nisi vno casu ad eum regredi dos possit, id est si contingat eam in matrimonio mori, Vt proinde non priùs videatur ei permittendum agere quàm mortua in matrimonio filia potuerit dotem repetere si euictus fundus nō esset. Sed tamen concludit Paulus hoc quoque casu interesse patris dotatam habere filiam ita vt promissorem euictionis statim conuenire possit, quod magis, inquit, paterna affectio inducit. Ex quo Pauli loco probatur, Videri damnum pati etiam eum qui spem habet alicuius rei quandoque recipiendæ si eam spem amittat, Nec aliud probandū esse, tametsi de ea re agatur, quæ vno tantùm casu reuersura esse speretur. Ergo vt hæc omnia ad propositam quæstionem accommodemus, Cur nō dicamus damnū pati dominum directum cui per factum à vasallo vel emphyteuta alienationē spes eripitur habendæ rei, quæ si permutatio nulla facta esset, ad eum fuerat reuersura? Quidni etiam videri in eius fraudē & dolo malo factā permutationē, quam ponimus ea mente factā fuisse vt reuersionis ius illud impediretur, & quam alioqui vasallus aut emphyteuta facturus nō fuisset? Speciosa sanè obiectio est, & quæ non parùm difficultatis habere videatur: Sed quam tamen facilè diluemus si distinguamus quod interpretes, & pragmatici nostri distinguere nesciuerunt, An simulatè facta sit permutatio à vasallo vel emphyteuta. An verò tantùm eo animo & cōsilio vt ius reuersionis impediatur. Quicquid simulatè fit, semper in fraudem fit: Quorsum enim simulandi consiliū caperetur, si nulla fraudis cogitatio interueniret? Sed tamē deterioris condicionis est simulatio quàm fraus in eo quòd simulata nullius omnino sunt momenti, & pro infectis habenda sunt, *l. si ex precio 8. C. si cert. pet.* in illis verbis *simulatis pro infectis habitis.* Et *tot. tit. C. plus valer. quod agit. quàm quod simul concip.* Quæ autē in fraudē geruntur, etiam participante fraudē eo cum quo cōtrahitur, ipso iure

tenent quousque irrita facta sint per actionem reuocatoriam *l. si sciens 26. in fin. D. de contr. empt. l. quoties 44. D. de acquir. hered. l. 1. & to. tit. D. quæ in fraud. credit.* Et rursum non quicquid in fraudem fit, etiã simulatè fit: sed vt plurimùm eo animo vt suum effectum habeat. Vtriusq; propositionis exemplum apertũ est in ea permutatione de qua tractamus. Potest enim talis permutatio rei feudalis vel emphyteuticæ cum allodiali simulatè fieri si fortè non ea sit mente vasallus aut emphyteuta vt rei suæ dominium in alium transferre velit, sed fingere duntaxat trãslationem, hoc acto priuata cautione inter contrahentes, vt si ex ea infirmitate saluus euaserit, res ei restituatur: sin mori eum cõtigerit, heredibus eius recepta ab eis re allodiali quam in vicem suæ permutator hic acceperit. Potest etiã fieri eo animo vt omnimodo & cum effectu ex vtraque parte dominium transferatur, rémque acceptã sibi quisque ex contrahentibus retineat, sed tamen nõ alia de causa nec alio fine, nisi vt impediatur ne moriẽte vasallo vel emphyteuta sine liberis res ad directum dominum reuertatur. Priore casu admittimus permutationem & simulatè & in fraudem factam esse, ideóque nec valere posse, nec domini directi ius extinguere. At nõ tam quòd in fraudem facta sit quam quòd simulatè. Nam si nihil ei noceret nisi quòd in fraudem facta esset, vtique teneret ipso iure quousque rescissa esset, ac reuocata. Cùm autem simulata est adeò inanis & irrita est ipso etiam iure vt nulla opus sit reuocatione, sed tantùm simulationis probatione. Neque enim remedium vllum iure nostro contra simulationes comparatum est quia nec fuit necesse. Sed hic casus, & ea species permutationis ad quæstionem nostram nil pertinet. Ponimus enim factam esse permutationem veram, & animo permutandi, transferendique dominij, nulla restitutionis faciendæ exacta cautione, sed tamen hoc consilio, vt reuersio quę per vasalli aut emphyteutæ mortem sperabatur, impediretur. Tractamus itaq; de posteriore specie permutationis, quam sicuti nemo dixerit esse simulatam, ita in fraudem domini factam dici posse negamus. Dic si voles factã eam esse in dãnum & dispendium domini, ad quem si ea facta non fuisset, res feudalis vel emphyteuticaria hodie per mortem vasalli vel emphyteutæ sine liberis reuerteretur. Hoc ego admittam facilè, sed negabo semper, in fraudem domini factam eã videri. Ex rationibus superiore capite disputatis. Et illa potissimùm, quòd nec lædit nec fraudat quemquam is qui iure suo & communi vtitur *l. si duorum 42. D. de action. empt.* sicuti nec lęsus dici potest qui iure communi vsus est *l. inter eos 51. §. penultim. D. de fideiuss. l. vltim. Cod. de in integr. restit. minor.* Negabo rursum, quod pragmatici supponere videntur, Videri factam huiusmodi permutationẽ nocendi animo duntaxat: quod si ita esset, vtique rata ea numquam haberi deberet, cùm malitiis non sit indulgendum *l. in fundo 37. D. de rei vindicat.* Id enim primùm agit quisquis hoc animo reuersioni obnoxiam rem permutat, vt sibi primùm consulat, deinde vt suis heredibus, quibus tantò locupletiorem hereditatem relicturus est, si res illa ad dominum non reuertatur. Quod autem eiusmodi permutatio nocet domino directo, & ius reuersionis ei competens si non extinguit prorsus, saltem minuit, & remoratur, non fit nisi per consequentiam quandam, quæ non potest non esse licita, cùm antecedens sit licitum *leg. cum eo 9. l. inter seruitutes 15. D. vrban. præd. l. ex quo 12. §. 1. C. de ædific. priuat.* His ita constitutis, facilè est ad supradictos Vlpiani & Iuliani locos respondere. Nã vtroque loco agitur de diuortio, quod non alio consilio siue à filio siue à marito factum erat, quàm vt patri noceretur, adeóque quod non verum erat, sed simulatum, ac proinde fraudulentum. Diuortium enim non est nisi verum, quod animo

animo perpetuam constituendi dissensionem fit vt Paulus scribit *in l. 3. D. de diuort.* Atqui apud Vlpianum *in dict. l. si filia 6. eod. tit.* filia proponebatur & emancipata fuisse, & idcircò tantùm diuertisse vt maritum lucro dotis afficeret, Cùm fortè conuenisset, quæ olim frequens, & iusta erat conuentio, vt dotem lucraretur maritus, à quo vxor temerè ac sine causa diuertisset, aut quæ culpa sua iustam diuortij causam præbuisset: An verò potest videri animum habuisse constituendi perpetuam dissensionem inter se ac maritum, quæ id vnum egit, vt maritum dotis lucro adficeret? Quid verò maius præstare illa marito potuisset? aut quam enixiorem præbere suæ erga maritum & beneuolentiæ & obseruantiæ significationem? Finxit ergo duntaxat & simulauit se diuertere cùm nihil minùs quàm de perpetua dissensione inter se ac maritum cõstituenda cogitaret: Neque id verò vt sibi suisque heredibus prodesset, ad quos nihil vnquam per occasionem illius diuortij peruenire poterat, sed tantùm vt prodesset marito, noceret patri, eique profectitiæ dotis recuperandæ spem omnem eriperet. Ideóque bene Vlpianus dignum putat esse patrem cui succurrat Prætor data ei dotis actione, viua quoque adhuc filia perinde acsi iam illa in matrimonio decessisset. Nec enim expectandum est vt in matrimonio decedat filia quæ dicit se verè diuertisse. Nam si ad maritum posteà rediisset, dummodò breui tantùm interiecto temporis spatio, nec diuertisse videretur, si fortè per calorem iracundiæ repudium misisset *dict. l. 3.* vbi exemplum hoc proponitur diuortij, non veri quidem, sed tamen nec simulati. Non enim simulatum dici potest, cùm à muliere missum esset repudium animo perpetuam constituendi dissensionem, Nisi euentus docuisset per calorem iracundiæ potiùs quàm certo iudicio id factum fuisse. Quia quicquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non priùs ratum esse debet quàm si ex perseuerantia apparuit iudicium animi fuisse, vt lex ait, Non omne diuortium non verum, simulatum etiam est, licèt omne simulatum sit non verum. Cuius exemplum non aliunde peti clarius potest quàm ex specie *dict. l. si filia.* In qua vix sanè est vt fraudis consilium maritus non participasset cuius lucro & commodo hæc tota cedebat simulatio. Quæ res tantò iustiorem faceret, ac fauorabiliorem causam patris, cui succurrere Prætorem debere ait Vlpianus non minùs quàm marito. Sed tamen etiam si poneres fraudis huius conscium maritum non fuisse, perinde tamen cum Vlpiano dicerem non fuisse permittendum filiæ vt fraudaret patrem, qui eo solo casu reuersionem dotis sperare poterat si filia emancipata in matrimonio moreretur, Ne scilicet & filiæ præmortuæ & amissæ dotis iacturam sentiret *l. iure succursum 6. D. de iur. dot.* Qui locus ostendit, cur *in dict. l. si filia,* sic loquatur Vlpianus, vt dicat, Prætorem patri succurrere oportere. Nam si verum est vt est quod diximus simulata pro infectis habenda esse, Vtrumque mirum videtur & succurri patri, & egere patrem vt ei succurratur: si enim diuortium nullum factum esset, non priùs haberet maritus dotis profectitiæ repetitionem quàm filia in matrimonio decessisset. Et tamen placet Vlpiano, Dandam esse patri statim dotis exactionem non expectata morte filiæ. Rursum si perinde habenda est filia quæ per simulationem diuertit acsi eo ipso simulati diuortij die in matrimonio decessisset, quid necesse est vt patri succurratur qui vno illo casu sine dubio repetere dotem potuisset? Verùm respondendum est, Filiam quæ diuertit in fraudem patris, habendam esse pro mortua, quia per eam factum est ne posteà mori in matrimonio vnquam possit, atque ita ne possit vnquam existere condicio quæ proinde cùm

ampliùs non pendeat habenda est pro impleta potiùs quàm pro defecta, quamuis secus esset si post simulatum diuortium pendere adhuc posset vt *in l.hac conditio 10.in princip.* secundum veram & rectam Cuiacij emendationem *D.de condict.& demonstr.* Eget autem pater, vt ei à Prætore succurratur, quia etiamsi filia in matrimonio decessisset, adhuc tamen succurri ei oporteret, cùm non tā ex iuris potestate dos ad eum redeat, quæ marito per constitutionem & traditionem semel acquisita fuit, quàm ratione illa miserationis, ne & amissæ filiæ& dotis iacturam sentiat *d.l.iure succursum.* Sed cùm morte quidem filiæ solutum est matrimonium succurritur patri à iure ipso vt ea lex ait, cùm autem non nisi per simulatum & fraudulentum diuortium solutæ sunt nuptiæ, patri non potest iure succursum esse, quia in hunc casum nihil à iure prouisum est. Ideóque necessariò succurrendum ei est à Prætore vt quod à iure omissum est, non omittatur religione Prætoris, vt loquitur Papinianus *in l.quæsitum 13.D.de testib.* ad quem scilicet pertinet vt non minùs patris quàm iuris rationem habeat, vt *in l.pater 10.§.1.D.de captiu.& postlim.* Tantò enim dignior pater est commiseratione, quantò durius est, vt pater à filia sua fraudem patiatur, maximè verò in dote quæ à patre ipso profecta sit. Ex parte verò mariti mirum quoque illud est quod tractat Vlpianus an ei succurrendum sit, sed illud magis quod negat ei succurrendū esse. Nam cùm rei dotalis dominium nactus sit per ipsam dotis constitutionē & traditionē, vt diximus, quid eget ille vt ipsi succurratur, cùm sit dominus ipso iure ac iusti dominij exceptione tueri se possit? Aut si indiget vt ei succurratur, quidni potiùs ipsi succurrimus, quàm patri, cùm suæ vxoris fraudem non participauerit? Hunc enim casum ab Vlpiano tractari ex hoc ipso constat quod disputat an ei succurrendum sit. Quis enim succurrendum ei putaret, qui fraudis particeps& conscius ipse fuisset? Verùm respōderi potest, Præsupposita illa quæstione, an succurrendum sit patri aduersus fraudem filiæ, Illam quoque quæstionem statim emergere, An non marito etiam succurrendum sit contra patrem eo scilicet casu quo maritus fraudem vxoris ignorauerit, nō vt fiat dominus dotis, sed vti ne patri ratione miserationis dotem restituere teneatur. Nam & ipse commiseratione dignus est, ne factum vxoris ei nescio & ignoranti noceat, vt dotē citiùs patri restituat, quam potuisset fortassis nunquam restituere, Nimirum si filiam aut post diuortium verum, cui causam ipsa dedisset, aut constante quidem matrimonio sed post mortem patris decedere contigisset. Denique si patri succurrat Prætor in hac specie potiùs quàm marito, faciet sanè vt marito dos auferatur cui tamen nihil imputari possit, quod à communis iuris regulis alienum est *l.Titia 62.in fin.D.de iur.dot.l.2.D.quod vi aut clam.* Sed tamen concludit Vlpianus patri potiùs succurrendum esse, quàm marito, quia licèt in eo par vtriusque causa sit quod neutri potest imputari, nec cuiquam eorum fraus filiæ nocere debet, In hoc tamē fauorabilior est pater, quòd ab eo dos profecta fuit, & minùs fauorabilis maritus quòd nulla fert amplius onera matrimonij. Ponimus.n. diuortium durare quamuis simulatè factum & non verè, nec rediisse mulierē ad virum ne simulatio detegeretur. Quid ergo si redire quandoque vellet? Nō puto ei permittendum post ius quæsitum patri, Ne alioqui nouæ fraudis excogitādæ materiam ea res filiæ præbeat, vt iterum patri noceat. Nec distinguendum arbitror an breui post reuerti velit, an interiecto longiore temporis spatio. Ea namque distinctio tunc locum habet cùm calore tantùm iracundiæ non certo iudicio repudium missum est, vt *in d.l.3.De diuort* At diuortium de quo *in d.l si filia,* non eo minùs certo animi iudicio factum videri debet quòd simulatè factū sit,

sit, habetque effectum licèt non causam diuortij. Quanquam si redintegrare matrimonium filia vellet, paternæ pietati & adfectioni sanè conueniret, vt maiorem honoris filiæ quàm sui commodi rationem haberet, sicuti non facilè permittendum ei est vt bene concordans matrimonium turbet, tùm quoque cùm habet filiam in potestate *l.1.§.vlt.D.de liber.exhib.* Atque hoc casu si Vlpiano fuisset propositus, fortassis putasset ille, Marito potiùs quàm patri succurrere Prætorē oportere, scilicet si priùs vellet filia redintegrare matrimonium, quàm de dote recuperanda pater egisset. Accepto enim iudicio nullus planè locus pœnitentię relinqueretur. *arg.l.si Titius 9.l.si insulam 84.De verb.oblig.* cùm per litis contestationem quasi contrahatur *l.3.§.idem scribit D.de pecul.* fiatque species quędam delegationis *l.delegare 11.§.1.l.aliam 29. D.de nouat.* Eadē omnino tractari possunt, circa speciem illam de qua Iulianus *in d.l.filia mea 59.D.solut.matrim.* Nam & ibi diuortium fuit simulatum nec tam animo constituendæ dissensionis perpetuæ factū quàm in fraudem patris, vt ei noceretur nullo commodo fraudatoris. Hac sola differentia quòd maritus ille erat, qui fraudem fecerat, neque rursum vt vxorem suam quam perditè amaret lucro aliquo afficeret; quod minùs indignum videri potuisset, sed vt heredibus mulieris fortasse adhuc incertis, vel incognitis dotem restitueret potiùs quàm socero à quo eam accepisset. Quo casu cùm maritus nullo penitus fauore dignus sit quòd hanc fraudem ipse commentus sit, minor erat dubitandi ratio quin aduersus eum patri succurrere Prætorem oporteret. Restabat vt ad Paulum *in d.l.pater 71.De euict.* qui contra nos quoque vrgere videretur aliquid responderemus, sed quia longiores hîc iam fuimus & de illius loci sententia ac emendatione pluribus tractandum est, totā rem & quod dicendum superest de laudimiis ex permutatione præstandis in sequens caput reiiciamus.

ERROR NONVS.

De Triboniani manu & inscitia obseruata in l.pater 71.D.de euict.

ETSI de huius loci sententia iam aliquid scripsimus in libris Cōiecturarum, cùm quæstionem illam tractauimus, An dos à patre data filiæ emancipatę reuerteretur olim ad patrem mortua in matrimonio filia, Nondum tamen satis plenè omnia diximus, quæ hodie circa illius legis interpretationem, & emendationem occurrunt. Habet lex duas partes, Vtraque est de fundo in dotem dato à patre nomine filiæ, & posteà euicto, sed prior pars de dote nomine filiæfamilias, Posterior verò de ea quæ data sit nomine filiæ emancipatæ. Prior pars argumentum suppeditat aduersariis, vt probent cōtra nos, Videri permutationem factam in fraudem domini directi si vasallus vel emphyteuta iam ægrotus & sine prole rē feudalem vel emphyteuticariam permutauerit cum allodiali ea mente ne defuncto ipso sine liberis res ad dominum reuerteretur. Vident enim Paulum *in d.l.pater*, apertè scribere, Patrem damnū pati aliquod videri si fundus dotalis euincatur, & spes recipiendæ quandoq; dotis ei aufferatur. Sed fortius argumentum præbet pars posterior, quæ idem ius tribuit patri, vt statim possit agere ex empto aut ex duplæ stipulatione, tùm quoque cùm dos data fuit pro filia emancipata, quamuis in illa specie vno tantùm casu dos reuerti potuerit ad patrem, Nimirum si filia emācipata in matrimonio

decessisset viuo patre quāuis casus ille mali ominis plenus esse videatur, & cōtra votum patris *l.cùm tale 72.in princ.De condic. & demonstr.l.nam etsi 15.in princip.D.de inoff.testam.l.Iulianus 26.in fin.D.si quis omiss.caus.testam.* Quidni enim similiter dicemus in proposito, Non eò minùs videri damnum pati dominū ex fraude vasalli vel emphyteutę quod vno tātùm casu res ad ipsum reuerti potuisset, scilicet si res illa in tempus vsque mortis in bonis vasalli vel emphyteutæ mansisset. Nos, vt hoc primùm expediamus, ad vtramque obiectionem respondemus, In priore illius legis specie duplicem rationem adferri, propter quā videatur damnum pati pater ex fundi dotalis euictione, quarum neutra quæstioni nostræ conuenit. Vna est, quòd intersit patris dotatam habere filiam, quæ sit in eius potestate, Altera, quòd spem habeat recipiendæ quandoque dotis: Aut potiùs vna tantùm ratio est ex his duabus conflata, Quòd patris intersit dotatā habere filiam in potestate propter spem quam habet recipiendæ dotis quādoque, id est quandocunque, vt *in l.heres quandoque 54.D.de acquir.hered.l.verbis ciuilib⁹ 7.De vulg.& pupil.subst.* hoc est, omni casu siue soluatur matrimonium diuortio siue morte aut ipsius filiæ aut mariti. His enim omnibus casibus dos ad patrem reuertitur, aut si adhuc filia viuit communis est dos & actio de dote patri & filiæ, sed ita vt solus pater agere possit & debeat dūmmodò ex filiæ cōsensu & voluntate *l.2.§.1.& vltim.D.solut.matrim.* ita tamen vt eam seruet si quando posteà iterum nubere filia velit *Auth.sed quamuis Cod.de rei vxor.act.* In posteriore verò specie, quod pro sententia nostra maximè facit, lex fatetur nō ideò posse patrem agere de euictione, quòd spem habeat recipiendæ dotis, quia, inquit, hanc spem nō habet, nisi vno illo casu quo filia emancipata in matrimonio moriatur. Qui casus præterquàm quòd vnicus est, etiam abominalis est patri, cuius votum est, quale parentum omniū vt præmoriatur ipse filiæ non vt ei superuiuat *d.l.cùm tale.* Ideóque vix est vt conueniat bono patri dicere, & credere, sua quicquam interesse, quòd mortua in matrimonio eo viuo filia, dos ad eū reuersura sit, vt argumentatur Papinianus *in l.seruus 7.* iunct. *l. preced.§.1. De seru.export.& dict.l cùm tale.* Non enim videtur interesse nisi ex honesta probabili & optabili causa intersit *l.3.§.sciendū D.ad exhib.l.cùm 15.11.D.de furt.* Ergo similiter & in proposita specie dicere possumus, Nihil interesse domini directi quòd vendita sit à vasallo vel emphyteuta res feudalis aut emphyteuticaria, quę ad ipsum reuersura erat, si vasallus vel emphyteuta sine liberis decessisset. Nam & mortem liberi hominis, vt & aduersum alium quemlibet casum expectari perinde nefas est, & vt Paulus loquitur *in l.inter stipulantem 85.§.sacram De verb. oblig.* neque ciuile, neque naturale *l.si in emptione 34.§.si liberum hominem D. de contr.empt.* Atqui, inquies, non dubitat Paulus *in dict.l.pater*, quin patri qui filiæ emancipatæ fundum in dotem dederat, posteà euictū danda sit actio de euictione, tùm saltem cùm casus euenerit, vt filia in matrimonio moriatur. Quidni igitur perinde dabimus actionem domino directo nō quidem quādiu vasallus aut emphyteuta viuit, sed eo tandem sine liberis defuncto vt rem alienatā reuocet, quam si alienata non esset, nunc haberet? Verùm respondeo esse ista longè dissimilia. Hic.n.danda esset actio ad reuocandum id quod iure licito factū fuisset, idque ob casum superuenientem qui cùm negotij gesti tempore sperari minimè deberet, fraudis materiam vel occasionem præbere non potuit. Fraudem namque præsentem esse oportet, inspecto eo tempore quo negotium geritur, neque ex eo quod posteà contigit æstimari potest *l.quoties 44.D.de acquir.hered.§.item si quis in fraudem Inst.de action.* At in specie *d.l.pater*, datur actio patri non ad

reuocan-

reuocandum ex superueniēte casu aliquid antè gestum, Sed actio iã antè nata & competens ex contractu emptionis,& quam secuta euictione iam inde ab initio exercere pater potuisset si non ei ratio illa obstitisset quod nihildum eius interesserat,quamuis spem iam haberet dotis profectitiæ vnico illo casu,quē diximus recipiendę. Actio autem quam pragmatici nostri dant domino directo ad reuocandam alienationem rei feudalis vel emphyteuticæ,non incipit competere, vt illi ipsi fatentur nisi à casu, id est à quo tempore vasallus vel emphyteuta sine liberis decesserit. Nec enim ex inuestitura eam competere quisquam dixerit. Vt neque ex contractu alienationis, Adeóque nec ex ea fraude,quam fingūt ipsa in alienatione interuenisse, Quoniam actio fraudatoria & reuocatoria exigit fraudem quæ interuenerit non tantùm consilio, sed etiam re & euentu. Nihil igitur ex supradicto Pauli respōso ad propositam quæstionem inferri pōt. Sed indiget responsum illud maiore luce ac interpretatione vt à Triboniani iniuria Paulus vindicetur. Neque.n.verum esse puto,nec proinde à Paulo scriptū esse,quod habet posterior pars legis , si pater fundum pro filia emancipata in dotem dederit qui posteà euictus sit,permittendum esse patri, vt statim & constante licèt adhuc matrimonio agat de euictione, quòd eius intersit hoc quoq; casu dotatā habere filiam quamuis emancipatā. Nam & hæc ratio falsa est,cùm patris qui semel dotem dedit pro filia emancipata,nihil penitus intersit,an maneat illa dotata,necne siue respectu ipsius filiæ,siue respectu etiam mariti. Namque si mariti ius & personam inspicias,certum est,quāuis & fundus dotalis ei euictus sit,maximéq; ipsius intersit habere vxorem non indotatam, nullam tamen eum habere posse de euictione,nec contra illum qui patri fundum vendiderat,quandoquidem cū eo nō contraxit,nisi ponas ei cessas fuisse à patre actiones *l.si res 59.D.eod.ti.* neque cōtra patrem qui dotē dedit si modò bona fide dederit,quod in dubio præsumendum est,nec de euictione saltē nuda pollicitatione se obstrinxerit *l. 1. C. de iur.dot.* quæ addit, Nec si mulier ipsa dotem dederit aliud probandū esse, Nisi dolo malo fundus alienus in dotem datus sit,quo casu si extraneus fuit qui dotē dedit,de dolo actio marito danda est *l.cùm post 69.§.cùm res D.eod.* aut in factū si mulier ipsa vel mulieris pater *d.l.1.in fin.* Satis.n.marito esse debet quod in casum quemlibet restituendæ dotis nullā ipse restituturus sit,quòd ostēdūt verba illa Pauli *in d.l.pater,potuit dotem repetere si euictus fundus non esset*, vt intelligamus euicto dotali fundo sicuti nulla marito de euictione actio competit,ita neque actionem de dote contra maritum vllā superesse. Ne alioqui cogatur restituere id quod nō habet, Potestate sc. euictionis tollēte intellectū traditionis vt in alia specie loquitur Papinianus *in l.si patroni 55.§.vlt.D.ad SC.Trebell.* Iunct. *l.mulier 22.§.sed enim eod.* Quamuis possit dici imputare eum sibi debere,quòd promissionem euictionis non exegerit ab ea persona quæ dotem dedit. Sed nemo iudex propitiis auribus mulierem audiat hoc obiicientē si ea ipsa sit quæ dederit,aut si eius pater *arg.l.si extraneus 33.D.de iur.dot.* Nā si extraneus fuit,nullius interest præterquàm mariti apud quem remanere omnimodò dos olim debebat nisi extraneus eam sibi reddi fuisset stipulatus,quod tamē hodie immutatū est, *l.vnic.§.accedit C.de rei vxor.act.* Si verò in patre qui fundū alienū posteà euictū in dotē dedit,nihil nisi ipsius patris personā & ius intueamur, Dico nihil eius planè interesse an filia emācipata dotē aliquā habeat,necne. Primùm.n.verēdū nō est ne iterū dotare illā teneatur, cùm semel habuerit dotē,& pater bona fide [hoc.n.sēper requirimus] officio suo functus sit. Nec eo minùs cogebatur eo iure quod Pauli tēporibus obtinebat,totā dotē quā maritus accepisset cōferre

fratribus si ab intestato cum iis volebat succedere *Tot.tit.De collat.dot.* Etiamsi nihil à marito consequi & repetere potuisset, vt Iustinianus testatur *in Nouell. 97.de æqual.dot.cap.6.§.illud quoque.* Vnde sumpta est *Auth. quod locum C.de collat.*vbi nullum ille dat auxilium filiæ emancipatæ aduersus hoc incommodū. Ei verò quæ in potestate retenta sit, non aliud nisi vt actionē quamuis inanem fratribus conferens, liberetur. Neq; hoc semper,sed ita demùm si patri aliquid possit imputari potiùs quàm filiæ quod in proposita specie nō contingit. Quid enim possis patri imputare qui fundū in dotem dedit alienum quidē sed tamen bona fide quem(q;) suū esse & venditoris sui fuisse arbitrabatur. Nec enim quod in casum euictionis duplum stipulatus sit,facit eum malæ fidei emptorem, cùm ita facere potuerit iure communi, & debuerit vt indemnitati suæ benè prouideret. Cùm ergo filiam emancipatam iterum dotare pater nullo casu teneatur, Dici non potest quicquam eius hoc respectu interesse vt dotatā habeat filiam emancipatam. Vtrum verò magis ob id quod spem habeat recipiendæ quandocunque dotis quæ ab ipso patre sit profecta? [nam in aduentitia nihil omnino iuris sperare vnquam potest.] At ne hoc quidem: Cùm hanc spem recipiendæ dotis non possit habere pater nisi vno illo casu quo prior filia in matrimonio moriatur. Quem tamen casum iam diximus esse abominalē, & vt loquitur Papin.*in d.l.cum tale*, ominosum, & consequenter talem vt eius contemplatione non possit pater dicere probabiliter & honestè sua quicquam interesse. Nec est cōtrarium quod prima pars legis habet,ac nos admittimus, Interesse patris habere dotatam filiam quæ sit in potestate ob spem recipiendæ dotis.Nam præter id quod non sic loquitur Paulus,sed ita vt dicat interesse patris habere dotatam filiam *& spem* recipiendæ quandoque dotis,[nam certè interesset patris habere dotatam filiamfamilias etiamsi nullam recipiendæ dotis spem retineret, vel ob hoc saltem ne iterum eam dotare cogeretur, vel heredem eam habere ex testamento aut ab intestato,aut saltem exheredem eam facere. Quorū omnium nihil dici potest de filia emancipata,quæ post emancipationem omnino extranea intelligitur *l.quinetiam 55.in fin.D.de rit.nupt.*]Dico totam vim ratiocinationis Pauli cùm loquitur de spe dotis recipiendæ consistere in verbo illo *quandoque*, id est vt interpretati sumus *quandocunque*. Cuius sensus est,Omni casu dotem à patre datam filiæfamilias ad patrem reuerti. Non vno illo solo,quo per mortē filiæ emancipatæ esset reditura. Nā siue moriatur filiafamilias in matrimonio, siue extra matrimonium post diuortium, siue etiam morte viri matrimoniū solutū sit, semper dos profectitia redit ad patrem, Nec abominabilis est spes hæc reuersuræ dotis ad patrē omni casu,licèt inter cæteros casus ille quoque sit quo filiam in matrimonio mori patre viuo contingat,quia quod omni casu euenturum est, vtique omnimodo exiturum est & perinde habendū acsi iam extitisset *l.quòd si ea condicione 18.l.Iulianus 60. De condict.indeb. l.si quis ita scripserit 33.D.de hered.inst.l.si pupillus 9.§.qui sub condicione D.de nouat.* Nec quicquam absurdi est in vniuersalitate casuum aliquem contineri qui per se sit abominabilis,sicut dici solet,multa per vniuersitatem transire quæ alioqui per se singula non possent alienari *l.1.§.1. D.de fund.dot l.quadam 62. De acquir.rer. domin.* Non est autem abominabilis patri casus soluti matrimonij per mortem viri, cùm ex humanæ naturæ condicione necesse sit vtrumque coniugē mori, & alterutrum præmori. Casus autem diuortij est quidem etiam abominabilis, cùm dos detur eo animo,& voto vt penes maritum perpetuò remaneat *l.1.D.de iur. dot.*quod interueniente diuortio fieri non potest:Abominabilior autem ille quo
fiat

fiat diuortium in ipsius patris fraudem à marito, vt *in l. filia mea 59. D. solu. matr.* Maximè verò si ab ipsa filia, vt *in l. si filia 5. De diuort.* de quarum legum sententia & ratione proximo capite scripsimus, Sed tamen cum cæteris iunctus hic casus non censetur abominabilis, quia cõsideratur sub formalitate, vt loquuntur generica, id est tanquam casus soluendi matrimonij, non tanquam talis casus. Itaque licèt essent omnes casus abominabiles singuli & per se, tamen simul iuncti non essent abominabiles quia sunt necessarii, non quasi sit necesse vt præmoriatur filia, vel vt fiat diuortium, sed quia necesse omnino est solui tãdem & quoquomodo matrimonium, aut morte alterutrius coniugum, aut diuortio. Si morte, aut mariti, aut vxoris, si diuortio, vel vero, vel simulato & in fraudem facto licèt perpetuo. Quòd si in fraudem patris, vel à filia ipsa, vel à marito. Atqui omnibus his casibus habet spem pater recipiendæ dotis profectitiæ quam pro filiafamilias dedit. Verum igitur est interesse patris dotatam habere talem filiam, licet quandiu matrimonium durat dicatur hæc quoq; dos abscessisse bonis patris, & æris alieni loco esse si tantùm promissa sit *l. vlt. D. de dot. collat.* Dices, posse dari casum, in quo dos etiam profectitia data filiæfamilias nomine ad patrem non reuertatur, Nempe si pater ipse præmoriatur manente filiæ matrimonio. Nam nec ad patrem qui iam defunctus sit reuerti potest, neque ad ipsius heredes siue extranei sint, siue sui, in quibus scilicet non habet locum eadem ratio miserationis quæ in patre *d. l. iure succursum 6. D. de iur. dot.* Sed respondeo, Imò verò reuerti hoc casu dotem, non quidem ad patrem iam mortuum sed ad hereditatem, cùm ab intestato cogatur filia dotem cõferre minùs accipiendo ex hereditate & bonis patris *tot. tit. D. de dot. collat.* Facto autem testamẽto siue filia exheredata sit, siue ex minore quàm ex legitima portione instituta, imputare sibi dotem in legitimam *ex l. quoniam nouella 29. C. de inoffic. testam.* Vt proinde hoc quoque casu quo pater sit præmortuus, opulẽtiorem tamen hereditatem propter hanc dotem reliquisse videatur: quod nõ esset si per euictionem fundi dotalis amitti dotem pateretur. Quidni ergo permittamus ei statim agere ex stipulatione duplæ si qua intercesserit, aut ex empto si nulla aduersus venditorem qui rem alienam vendidit, & euictionis nomine se obligauit: At in filia emancipata sunt omnia dissimilia, vt ostendimus, quia siue mariti morte, siue diuortio soluatur matrimonium, dos ad patrẽ nõ reuertitur, sed filiæ emãcipatæ soli & dos, & dotis actio acquiritur *d. l. 2. in princ. l. Titia 34. D. solut. matr.* nisi cùm simulatè & in fraudẽ patris factũ diuortium est, vt *in d. l. si filia & d. l. filia mea.* Quo casu redit dos equidẽ ad patrẽ, at non tãquã in casum diuortij, sed tanquã si morte mulieris solutũ esset matrimoniũ, cùm per fraudẽ alterutrius cõiugũ factũ est, ne ampliùs in matrimonio mori filia possit. In quo egregiè falluntur, qui vnum illũ casum, de quo Paulus loquitur *in d. l. pater,* sumendũ putant *ex d. l. si filia & d. l. filia.* Quasi pater eo casu succedat alia ratione, quàm illa ipsa qua succederet, si in matrimonio filia decessisset. Quod tamẽ falsum est. Quænã enim fraus patri à filia fieri posset aut socero à genero, si quod isti existimant, ita ius olim fuisset vt mortua in matrimonio filia emancipata dos ad patrẽ reuerteretur? Imò verò tota fraus in eo est quod per tale diuortiũ fit vt casus alter mortis filiæ in matrimonio euenire nũquã possit. De quo plura scripsimus *lib. 13. Coniect.* Nõ igitur de hoc casu fraudulẽti diuortij qui lõgè abominabilior est, sensit Paulus *in d. l. pater,* sed de illo quo morte filiæ emãcipatæ matrimoniũ soluatur, Nec ideò tamẽ duo sunt casus sed vnus, quia casus fraudulẽti diuortij pro casu mortis habetur. Queãdmodũ casum seruitutis casui mortali-

tatis comparamus *l. seruituti 209. De regul. iur.* quia seruus iam pro mortuo habetur, nec proinde expectandum est vt amplius moriatur cùm bis mori nemo possit *l. quod attinet 32. eod.* Illud tantùm in filiafamilias & in emancipata simile est quòd vtraque si ab intestato velit succedere dotē cōferat *Tot. tit. de collat. dot.* Sed facto testamento sicuti de collatione nullus olim quæstioni locus erat, ita neq; de imputatione in legitimā si ius illud inspicias quod Pauli tēporibus obtinebat ante Leonis & Iustiniani cōstitutiones *in l. quoniā 29. & seq. C. de inoffic. testam.* siue instituta esset filia emancipata, siue exheredata, siue præterita, quoniā dos data à patre pro filia emancipata omnino abscessit à bonis patris, Multò magis quàm quæ data est pro filiafamilias, de qua *in l. vlt. D. de dot. collat.* Nimirum quia nō nisi vno illo casu quē diximus ad patrem reuertitur. Ergo benè Paulus noster *in d. l. pater*, sentētiā suā restrinxerat ad eam speciē qua fundus in dotē datus esset pro filia in potestate, iis videlicet verbis *vtique si in potestate sit. Quòd si emancipata est, vix poterit defendi, statim cōmitti stipulationē: cùm vno casu ad eū dos regredi possit.* Nec poterat apertiùs aut elegātiùs quid in filia emācipata sentiret, exprimere. Solent. n. prudētes nostri cùm aliquid modestiùs negant, ita scribere *vix pōt dici, vix puto, vix defendi potest*, aut aliud quid simile: Aut quomodo Papinianus *in l. 1. in prin. D. de pign.* Fateor verū esse quod vulgò iactatur, Id quod vix fit tamē fieri. Sed quod prudētes nostri dicūt se vix putare id nullomodo putát, & modestè quidē, sed apertè negant. Et tamen Tribonianus quasi morē hūc loquendi prudētibus tātopere frequentē ignoraret, existimauit indecisam à Paulo quæstionē relinqui, vt locū aperiret dubitationi & per dubitationē opinioni quā cōtra iuris rationē Pauliq; sensum obtrudere volebat, & quæstionē latiùs ita cōcepit, *Numquid ergo tùm demū agere possit cùm mortua in matrimonio filia potuit dotē repetere, si euictus fundus non esset? An & hoc casu interest patris dotatā filiā habere vt statim cōuenire promissorē possit?* Quibus verbis rationes vt apparet in vtramq; partē adfert quibus moueri quis posset, vt & pro patre & contra patrē responderet, Concluditq; tandē pro patre contra Paulum iis verbis *quod magis paterna affectio inducit.* Sed ita tamē vt facilè intelligas non moueri eū ratione illa quam attulerat, quasi ex iure sumptā, quod hoc etiā casu intersit patris dotatā habere filiam, licèt emancipatā, sed ratione sola adfectionis. Quasi verò patris adfectio aliquid possit in iis quæ pēdent non ab ipsius voluntate sed à mera iuris ratione. Fuitq; perpetuus error Triboniani in eo quod adfectioni personarū indulgēda esse multa credidit cōtra manifestā iuris rationē. Quale illud est, vt ex vnius stipulatione alteri actio acquiratur qui neq; in potestate stipulatoris fuerit neq; habuerit eū in potestate, vt *in l. Caius 45. D. solut. matr.* de cuius sentētia & emēdatione scripsimus *lib. 13. Coniect. c. 5.* & fusius *lib. 19. c. 19.* Sed quis obsecro color hic fuit paternę adfectionis ad ius violādū? Cùm etiāsi fauere velles patri inuita iurisprudētia vt statim conuenire venditorē suū posset, non tamē cōmodo filiæ ea res cederet, sed ipsius patris, qui non idcircò quod per actionē ex empto aut ex stipulatione duplæ cōsecutus esset, filiæ dare cogeretur, sed sibi retineret, cùm impunita sit patri euictio tam quod ad filiam quàm quod ad maritū quoties bona fide fundū quamuis alienū in dotem dedit. Nec æquum videri potest, cogi patrē vt quod per alterutrā illarum actionū cōsequetur præstet marito pro dote filię vt hoc saltē habeat filia ex bonis paternis, vt *in l. dotem 6. D. de collat. bon.* Non. n. habet actionē de euictione pater ob dotē sed propter suā emptionē, nec in dote danda quicquā aut de euictione, aut de actione quā in casum euictionis haberet cauit. Tū verò si duplę stipulationē præstaret

ftaret, maiorẽ dotẽ ex ea causa haberet filia quàm quæ ipsius nomine fuisset ab initio constituta. Deniq; multò esset iniquius eam fieri iniuriã vẽditori, vt quia interesset mulieris cum qua nihil cõtraxisset citiùs conueniri posset à patre eodémq; emptore, cuius nihil adhuc reuera interesset, & cuius nũquã fortasse intererit putà si extra matrimoniũ filiam emancipatã mori contingat. Idq; apertius erit si de actione non ex stipulatione duplę tractemus, sed ex empto, quę sui natura non datur nisi ad id quod interest, nec proinde alij quàm ei qui sua probet interesse *l. si in venditione 60. D. de euict.* iunct. *l. vlt. De prætor. stipul.* Manifestissimũ igitur est, totam illam additionẽ ab iis verbis *numquid ergo* Triboniani esse non Pauli cùm & à iuris ratione, & à Pauli sensu omnino aliena sit, quẽ tam apertè præcedentia declarant. Redeamus iam ad tractatum nostrum vnde digressi sumus, De laudimio ex permutatione petito, & cõcludamus, Ex ea quoque permutatione quæ ab infirmo paucis ante obitũ mensibus aut diebus facta sit, laudimium deberi quidem vt ex alia qualibet permutatione rei feudalis vel emphyteuticarię cũ allodiali, aut quod interpretes addere debuerunt[eadem enim ratio est] cum alia feudali æquè vel emphyteuticaria, sed cuius dominium directum ad alium pertineat, sed dominiũ vtile quod in compermutantẽ translatum est, nullomodo quasi in fraudem alienatum reuocari posse à domino directo. Etsi autem de permutatione tãtùm tractauimus, Eadem tamen in venditione quoq; locum obtinent, & in donatione, de qua in sequentibus dicemus. Nec enim minùs integra laudimia debentur ex aliis cõtractibus ex quibus dominium per traditionem trãsfertur quàm ex permutatione, nec rursum ex permutatione minùs quàm ex aliis contractibus. Quamuis plerisq; apud nos locis vt & apud Sebusianos meos non nisi dimidiata præstentur ex inueterata quadã consuetudine potiùs quàm quòd vera sit sentẽtia Guid. Pap. hoc temperamentum inducentis *quæst. 92.* Nam aliis locis quamplurimis, præsertim verò in ea prouincia quam specialiore nomine Sabaudiam appellamus, integra debentur, vt à nobis in Codice nostro traditum est sub *Tit. De iur. emphyt.*

ERROR DECIMVS.

De tertia venditione ex permutatione in qua vel pecunia interuenit, vel donatio, & quid si fundus permutatus sit cum speciebus recipientibus functionem in suo genere.

NONDVM absoluimus omnia quæ de laudimio circa permutationem tractari possunt. Nam sicuti variis modis permutatio fit, ita aliis atque aliis distinctionibus opus est, & alij casus aliis sunt dubitabiliores. Aliquando ita fit permutatio vt cum re interueniat pecunia ex vna tantùm parte & quidem principaliter non accessoriè, scilicet quando precium illius rei quæ permutatur maius est quàm sit valor alterius rei cum qua fit permutatio, secus si esset minus. Cùm enim precium est maius, venditio potiùs quàm permutatio contrahi videtur, Vt tractat Amedeus à Ponte *quæst. laudim. 28.* ex Iacob. de Sanct. Georg. *in tract. De feudis numer. 33.* & Guido Pap. *quæst. 92.* Vbi verò precium minus est quàm sit valor rei, credibile est videri appositum

precium additamenti causa & ad supplendum rei valorem iustum potiùs quàm animo contrahendæ emptionis, neque mutare debet ea res substantiam actus, nisi de contraria voluntate contrahentiũ appareat, vt de venditione ac emptione potiùs, quàm de permutatione contrahenda cogitarint, Ex Canonistarũ traditione *ad c. ad quæstiones. Extr. de rer. permut.* Andr. Tiraq. *De retract. gentilit. §. 30. glos. 1. in princ. & nu. 11. & seq.* Placet autem videri satis constare de voluntate illa contrahentium, non modò si maius sit precium quàm sit valor rei cũ qua fit permutatio, sed etiã si sit æquale aut parùm distet ab æquali. Hoc enim casu licet verbo permutationis contrahentes vsi sint, verius tamen creditur, præsumendam esse in dubio emptionem, Vt supradicto loco concludit Amedeus ex Afflict. post Bald. *in prælud. feudor. nu.* 87. & Alciat. *lib. 3. De verb. signific. & in l. 2. nu. 19. De verb. oblig.* vbi etiam dicit, Non nisi pro dimidia soluendum esse eo casu laudimium propter mixturã contractus, Cùm in cæteris permutationibus, de consuetudine inquit, nullum præstetur. Mihi videtur tota hæc inspectio non tam ad quęstionẽ De laudimio, quàm de tertia, vt vocant, venditione pertinere. Nam quod ad laudimium pertinet, iam diximus ex ratione iuris, quod nec Alciatus negat, integrũ deberi, Adeóque ex consuetudine apud nos plerisque in locis licèt in aliis non nisi dimidiatum. Et cùm in ea specie quam Alciatus tractat fatendum sit fraudem factam esse ab eo qui permutationis colorem quęsiit vt veram faceret emptionem, Illud quoque fateri nos oportet, Iis etiam in locis in quibus consuetudo inualuit, vt vel nulla penitus vel dimidiata duntaxat laudimia ex cæteris permutationibus debeantur, hoc tamẽ casu deberi integra, Ne alioqui fraudis suæ fructum quem totum sperauerat, saltẽ pro parte emptor sentiat, quem sentire improbus fraudator numquam debet *l. ne ex dolo* 12. *D. de dolo mal. l. procurator* 11. *§. 1. D. de doli mal. except.* Nec mixtura illa contractus quæ tantò magis coniecturam fraudis inducit, fauere debet emptori at nocere potiùs vt plus valeat quod actum est reuera, quàm quod simulatè conceptum. *Tot. tit. Cod. plus valer. quod agit. quàm quod simul concip.* Idque apud nos passim obtinet, vt quoties in permutatione pecunia interuenit, etiam additamenti dũtaxat, & supplementi gratia, quod pragmatici nostri & notarij appellant vulgari vocabulo *les tornes*, laudimia integra pro rata saltem pecuniæ debeantur, Tùm quoque cùm alia nulla ex permutatione peti possunt ratione fundi permutati. Quasi pro ea parte non tam permutatio quàm emptio inita videatur. Sed quod ad aliud emolumentum dominij directi, quas vulgò & barbarè *vendas* vocant, Gallicè *les vends*, alij elegantiùs, vt sibi videntur *tertiam venditionem*, Necessaria inspectio & distinctio illa est, An contractus qui permutationis dictus est à contrahentibus, dicendus sit potiùs contractus emptionis. Nam siue *vendas*, siue *tertiam venditionem* appelles nomen ipsum sonat non deberi laudimium hoc nisi ex venditione. Ergo non ex permutatione, vt neque ex alio vllo contractu, quamuis ex eo dominium transferatur, si modò venditionis appellatione contineri non possit *cap. 1.* vbi Panormit. De iis quæ fiunt à Prælat. *& l. fin. C. de præd. decur. lib. 10.* Maximè verò in statutis quæ semper sunt odiosa hoc ipso quo derogant iuri communi, multò magis si sint pœnalia, licèt non desint qui putent in fauorabilibus permutationem contineri appellatione venditionis quantum ad mentem licèt non quantùm ad verba. Post Baldum *in l. fin. vers. extra hoc nota D. de condict. ob caus.* quem Amedeus loco supradicto refert. Alia tamen, meo iudicio, ratio est dationis in solutum. Etsi enim is quoq;

contra-

contractus reuera distinctus sit à cōtractu vēditionis,& in eo maximè diuersu: quòd vēditio fit nudo cōsensu,nec inducit translationē dominij, si vēditor nor sit dominus *l.ex empto* 11.*D.de act.empt.* iūct.*l.*1.*§.vlt.D.de contr.empt.* Datio aū in solutū à datione incipit,id est à dominij trāslatione quæ fit per traditionē *l.si quis aliā* 46.*l.qui res* 98.*in princ.De solut.l.si nō sortē* 26.*§.si centū D.de condict.ind-eb.* Attamē accedit tā proximè ad venditionē quæ à domino facta sit si effectū inspicias potiùs quàm originē & causam cōtrahendi,vt parū ab ea distare videri possit. Nihilq; esset facilius quàm fraudē domino directo facere si nō venditionis iure datio in solutū hac parte censeretur,Cùm in datione in solutū pecuniā quoq; interuenire necesse sit, iā qdē debitā,sed quæ tamē iusti precij loco esse possit *l.à Diuo Pio* 15.*§.si pignora D.de re iud.l.*2.*C.de exec. rei in caus.iudic. pign. c.sit l.si prædium* 4.*C.de euict.* Quid.n.refert an is cui res acquiritur soluat preciū vēditori tanquā emptor, mox aut illud ipsum numero aut tantundē receptu us tanquā creditor à debitore eodémq; vēditore , An verò in solutū eius pecuniæ quæ debetur accipiat rē debitoris. Vereq; hoc casu obtinet quod dici solet æstimationē facere emptionē *l.*1.*&* 2.*D.pro empt.* aut saltē contractū simillimum emptioni,& qui emptionis appellatione cōtineri debeat,etiā in statutis,vt puto,quantūlibet odiosis,quibus non magis fraus fieri debet quàm si essent fauorabilia. Cùm id quod directè fieri prohibitū est nec indirectè permittēdū sit *l. magis puto* 5.*§.si pupillus D.de reb.eor.qu.sub tut.vel.l.scire oportet* 21.*§.*1.*D.de legi. tutor.* Quāquā non video, cur odiosum videri debeat ius, quod habet dominus directus petendi vel laudi niū,vel tertiā venditionē,aut aliud quodlibet sui directi dominij emolumentū,Cùm percipiat tanquā rei suæ propriè fructū & cōmodū,& ex lege quā ab initio rei suæ dixit nō aliter eā aut vasallo, aut emphyteutæ traditurus *l.vlt.C.de pact.int.empt.& vend.l.*1.*C.de iur.emph.* In traditionibus.n.rerū quodcūq; pactū appositū initio valere certū est *l.in traditionibus* 44. *D.de pact.* tùm quoq; cùm tale est quod alioqui nō valeret *l.vēditor* 13. *D.cōmu. præd. l.ei fundo* 19. *D.de seruit. vrban.præd.* At ex permutatione admitto facilè quod pragmatici volūt, licèt laudimiū omnimodo debeatur si cōsuetudinē cōtrariā excludas.Tertiā tamen venditionē non deberi,quia permutatio verè nec vēditio est,nec hac parte similis vēditioni cùm pecunia nulla intercedit,in qua preciū cōsistere necesse est *§.preciū Inst.de empt.& vendit.* Vt & substantiā emptionis ex precio *l.pacta conuenta* 71.*D.de contr.empt.* Ideóq; excipienda est ea species permutationis quæ fit pecunia interueniēte , si modò præter pecuniam fraus quoq; interuenisse probetur. Nec.n.sufficiet interuenisse pecuniā si additamenti tantùm causa id factū sit & ad supplendū ex vna parte valorē rei qui in permutatione ex vtraq; parte par & æqualis esse debet.Cùm inter permutantes nō id agatur quod in emptione & vēditione naturaliter contrahentibus licere dicitur vt se inuicē decipiant *l.in causæ* 16. *§. idē Pōponius D.de minor. l.vē quæritur* 13.*§.vlt.D.locat.l.si voluntate* 8.*C.de rescind.vend.* sed vt æqualiter quantū fieri potest vna res cum altera permutetur,dū mauult quisq; alienā rem habere quàm suam.Quod si cōmodè fieri non possit nisi pecunia aliqua supplēdi causa data,nihil vetat quantitatē aliquam eo nomine dari salua permutationis substātia,vt non idcircò degeneret permutatio in emptionē.Sed tunc tātùm cùm pecunia quæ vna ex parte datur æquiualet valori rei ab alia parte datæ, aut parum abest quin æquiualeat. Qua de causa etiam ex permutatione hoc casu tertia vēditio debebitur,tanquam ex venditione ob fraudem in permutando factā. Sed extra hunc casum debebitur quidem laudimium vt ex alia qualibet permutatio-

ne,sed tertia venditio nulla debebitur. Neque mirum id videri debet, cùm aliter venditiones fiant, aliter permutationes: quomodo argumentatur Vlpian. *in l.sciendum est 63. De ædili.edict.* Illa sanè distinctio necessaria est quam interpretes adferũt, An permutatio rei alicuius fiat cum re quæ ab initio detur æstimata,necne, Vt priore casu non tam permutatio quàm venditio facta videatur. Sic enim Gordianus Imperator *in l.1. Cod.de rer.permut. Si cùm patruus tuus*, inquit, *venalem possessionem haberet, pater tuus precij nomine licèt non taxata quantitate aliam possessionem dedit, idque quod cōparauit, non incursu iudicis nec patris tui culpa euictum est, ad exemplum ex empto actionis non immeritò id quod tua interest, si in patris iura successisti, consequi desideras.* Ex quibus tamē verbis apparet non illud exigi quod interpretes exigunt vt res quæ permutata est fuerit æstimata, sed sufficere vt ex vna parte res fuerit venalis, Ex alia verò tradita sit res nomine precij, licèt non taxata quantitate. Nam si taxata quantitas esset, duplex contractus foret: Primus venditionis, quæ contracta esset per taxati precij conuentionem, Secundus dationis in solutum, quæ & ipsa venditioni similis esse dicitur *in d.l.si prædium 4. C.de euict.* Vtroque autem casu secuta euictione datur actio ad id quod interest, quemadmodum si ex empto ageretur *l.si in venditione 60. D. de euict.* Quod ita videtur accipiendum, Non vt æquè agi non possit ad id quod interest euicta re permutata quæ non fuerat venalis [nā & eo casu euicta re cōpetit actio in factum ad id quod interest *l.1.§.1. D.eod. l.si permutationis 29. Cod. de euict.*] Sed vt priore casu cùm ex vna parte res fuit venalis, non possit dari condictio quæ scilicet ex causa venditionis numquam datur, sed omnimodo & præcisè agendum sit ad id quod interest. Altero autem casu electionem habeat is qui euictionem passus est, an agere malit ad id quod interest, an condicere rem quam dedit. Id enim significant verba illa *si hoc elegeris* posita in secunda parte *dicta l.1. C.de rer.permut.* vt alibi fusiùs à nobis explicatum est. Ergo non tantùm si vna res ex permutatis fuerit æstimata, sed etiamsi venalis tantùm fuerit non modò laudimium debebitur sed etiam tertia venditio, tanquam ex emptione & venditione, neque hoc casu obiici poterit quod Paulus scribit *in l.naturalis 5.§.1. D.de præscript.verb.* Addit Amedeus supradicta *quæst.28.* Idem esse dicendum etiamsi effectus & executio pendeat æstimationis ab initio factæ. Vt puta si dictum sit in permutatione quòd possit quis recuperare rem permutatam pro centum aureis. Hoc enim casu & laudimium debebitur ex permutatione statim, & tertia venditio ex posteriore contractus parte, Non quidem statim sed tunc cùm oblato eo precio rem recuperare alter ex contrahentibus volet. Hoc verò etiam rectè. Apertum enim est, in hac specie æstimationem facere emptionem sed non statim, at eo demùm tempore quo executio pacti fiet. Nam neque ex solo pacto transferri potest dominium quod tamen trāslatum esse necesse est priùs quàm vel de laudimio vel de tertia venditione tractari possit. Nec ad rem pertinet quod iisdem interpretibus vulgò placet, Ex noua translatione dominij quæ in præcedentis contractus executionem facta sit nouum laudimium aut aliud directi dominij emolumentum nullum deberi, vt plurib. tractat Amedeus *quæst.37.* ex Angel. Betr. & aliis ibi citatis. Id enim si quando verum est, de quo alibi scripsimus, tunc procedit, cùm ex priore contractu illud ipsum emolumentum quod petitur iam solutum est, vt idem Amedeus benè explicat *quæst.26.* Alioqui, inquit, si præcessisset promissio de vendendo, & secuta esset venditio, dicendum esset laudimium nullum deberi, quia fieret talis venditio in executionem pacti de vendendo: quod tamen absurdum esset:

esset dicere, Nempe quia ex promissione vendendi sicut non fuit translatum dominium, Ita nec laudimium vllum vel debitū extitit vel solutum. In hoc autem toto tractatu semper meminisse oportet, In omnibus contractibus ex quibus neque laudimium, neque tertia venditio deberi solet diligenter & subtiliter inquirendum est quid acti sit propter fraudes quas vasalli vel emphyteutæ quotidie aduersus dominos directos comminiscuntur, aduersus quas digni sanè sunt domini directi quibus succurratur, benigna semper dummodò iusta interpretatione, Vt semper plus valeat quod actum est, quàm quod simulatè conceptum. Nec bona est ratio Andr. Tiraquell. in locis suprà relatis, cùm ait, Non versari nos in dubio sed in casu claro, cùm permutationis verbo contrahentes vsi sunt. Cùm in iis, quæ suspecta sunt, nihil periculosius sit aut stultius quàm si partium assertioni stetur, vt bene contra Tiraquellum disputat Amedeus *d. &. quæst.* 28. ex Bartolo *in l. si fortè D. de castrens. pecul. & notat. in l. si donatione Cod. de collat. l. qui testamentum de probat. l. Titia testamento* 34. *§. codicillis De leg.* 2. Textus est omnium optimus *in l. ex conducto* 15. *§. Papinianus* aliàs *l. si vno D. locat.* vbi ex Papiniano scribitur, pro transactione accipiendum esse in illa specie contractum, quem contrahentes dixerant esse donationem. Guid. Pap. *quæst.* 186. *in fin.* Dec. *cons.* 164. *numer.* 3. Fit etiam interdum permutatio ita vt merces permutentur ex vna parte non cum aliis mercibus, sed cum fundo. Quod cùm accidit, quæri solet apud interpretes, qui nullum ferè casum intactum reliquerunt, An ex eiusmodi permutatione laudimium aliquod debeatur, & an ius prælationis eo casu competat domino directo si tantundem frumenti vel olei dare paratus sit fundo permutato. Et plerique putant, Etiam ius prælationis in hac specie locum habere *ex l. vlt. Cod. de iur. emphyt.* propter identitatem vt inquiunt rationis, Quamuis in statuto difficiliùs id obtinere putent propter strictam in statutis vocabulorum interpretationem, vt post Petr. Iacob. ratiocinatur Amedeus *dict. quæst.* 28. *ad fin.* vbi tamen concludit, Etiamsi ex statuto agatur laudimium hoc casu deberi, Nimirum vt ego quidem interpretor, supposita etiam consuetudine, quòd ex cæteris permutationibus laudimium nullum debeatur, vt illa facti circumstantia quòd permutatio facta sit speciei quæ functionem recipiat in suo genere, aliquid addat iuri cōmuni. Huius verò suæ sententiæ rationem illam adfert quòd pecuniæ appellatione veniāt omnia quæ pondere, numero, mensurâve continentur, & in genere suo functionē recipiunt. *Ex l. pecuniæ* 178. *in princ. De verb. sign.* vbi scriptū est, Pecuniæ verbum nō solùm numeratā pecuniam complecti, verùm omnē omnino pecuniā, id est omnia corpora. Nā pecuniæ appellatione corpora quoq; contineri neminē esse qui ambigat. In quo tamē nemo nō videt, quantopere vir doctissimus fallatur. Quod. n. Vlpianus scribit *in d. l. pecunia*, apertū est nō ad verbū illud *pecuniæ* referri quo vtimur cùm de emptione tractamus, & cùm dicimus preciū in pecunia cōsistere debere, esseq; emptionē si quis det pecuniā vt rē accipiat *l. naturalis* 5. *§.* 1. *D. de præscr. verb.* nā id non nisi de numerata pecunia intelligi debet *§. precium Inst. de empt. & vendit. l.* 1. *D. de contr. empt. l.* 1. *D. de rer. permut.*] Sed ad verbum *pecuniæ* quo vsa est lex duodecim tabularū cùm dixit *Vti paterfamilias super pecunia tutelâve rei suæ legassit ita ius esto. l. sæpe* 53. iuncta *l. verbis legis* 120. *De verb. signific.* Eo namque pecuniæ nomine cùm totum ciuis Romani patrimonium lex comprehendere voluerit quod non tantùm in pecunia numerata, sed etiam in omni genere corporum potest consistere, Nec dubitandum est quin omnia corpora contineantur. Quo exemplo illud etiam non ma-

lè receptum eſt, vt ſi quis heredem à ſe inſtitutum rogauerit, de tota pecunia reſtituenda perinde accipiendum ſit acſi de tota hereditate reſtituenda rogaſſet, Ita vt & tranſeant actiones ex Trebelliano ſi heres vltrò adierit & totam hereditatem reſtituerit,& cogi poſſit ex Pegaſiano adire ſi ſuſpectam dicat *l.nam quod* 14.*§.vlt.D.ad SC.Treb.* Tritum ſiquidem eſt priſcis illis temporibus præcipuam vim patrimonij cuiuſque in pecoribus & pecudibus conſtitiſſe, indéque nomen pecuniæ deriuatum fuiſſe, quo patrimonium vniuerſum ſignificaretur. Nam & ſimiliter in alia lege duodecim tabularum ita ſcriptum erat *ſi furioſus quis exiſtet, agnatorum gentilìumque in eum pecuniámque eius poteſtas eſto*, vt teſtatur author ad Herennium. Itaque æquiuocum eſt nomen pecuniæ,ſed quod ſemper accipiẽdum eſt,aut pro pecunia numerata, ſecundũ communem vſum loquẽdi, Aut pro omni eo quod eſt & eſſe poteſt in patrimonio, ſi quis priſcam illam ſignificationem retinere velit, Numquam verò pro mercibus in pondere,numero,vel menſura conſiſtentibus.Quid enim magis commune aut ſimile habet pecunia numerata cum hoc genere mercium quàm cum cæteris rebus ſiue mobilibus,ſiue immobilibus?An non & merces iſtæ per numeratam pecuniam æſtimandæ ſunt,vt res cæteræ,non pecunia per res iſtas? *l.ſi ita fideiuſſorem* 42. *D.de fideiuſſ.* Alioqui paullatim dicendũ erit,Emptionem ita quoq; fieri poſſe vt pro fundo merx aliqua detur quæ pondere vel menſura cõſtet,perinde acſi pecunia daretur,quod euidenter falſum & ridiculũ eſt *d.l.1.De cōtr.empt.& d.l.1.D.de rer.permut.* Falſum igitur eſt,quod vult Amedeus,ſi permutatio fundi facta ſit cum frumento aut vino, vel oleo,deberi ex ea permutatione laudimium vel tertiam venditionem,quaſi facta venditione potiùs quàm permutatione, perinde acſi permutatus eſſet fundus cũ pecunia, niſi nobiſcum ſentias,Ex permutatione qualibet etiam fundorũ & rerũ immobilium,nulla licèt interueniente pecunia laudimiũ deberi. Nã quod de fundis dicimus,etiam in permutatione vini vel frumenti,vel olei perinde dici verè poteſt.Neq; verò harũ rerum tractatus ſeiungi vix vnquã ſolet,niſi cùm agitur de mutuo contrahendo,quod ſicuti in pecunia numerata conſiſtit,ita etiã in iis rebus, quæ pondere ac menſura conſtant:at in rebus immobilibus conſtitui non poteſt *l.2.§. mutui D.de reb.cred.* Et ideò certi condictio ex mutuo cõpetit,nõ minùs ſi frumentũ creditũ ſit,quàm ſi pecunia: *l.vinum* 22.*eo.tit.* licèt latiùs pateat cõdictio certi quàm mutuũ,cùm ex omni alio contractu cõpetat etiã ex quo fundus petatur, ſi modò agatur ad pecuniã numeratã, Alioqui triticaria cõpetit & quidẽ ſola *l.1.D.de condict.tritic.* vt in pręcedentibus Decadibus explicauimus.Fateor quod Amedeus ſubiungit, Nõ adeò reſtringendã eſſe hanc materiã vt dominis pereant directa eorũ iura, directíque dominij commoda, detúrq; ſubditis anſa fraudandi:Nec quicquã eſt in quod magis incũbere bonos iudices vellẽ,quàm vt prouiderẽt, ne qua fraudibus via patẽret, & vt ſi quando fraus aliqua admiſſa probaretur,ea non tantùm laudimij præſtatione exactiſſima, ſed etiã ipſius rei, dominiíq; vtilis amiſſione vindicaretur.Sed nego futurũ vt periculũ ſit, ne qua fraudis materia cõquiratur ſi non ita ius conſtituetur,vt etiam ex permutatione quæ in vino,vel frumẽto, aliiſq; huiuſmodi ſpeciebus facta ſit laudimiũ debeatur. Aliter.n.emptiones & venditiones, aliter verò permutationes cõtrahũtur, vt ſuperiore capite dicebamus *ex l.ſciendũ* 63.*D.de ædil.edict.* Planè ſi poneres quod ab vſurariis pleriſq; factitatũ eſſe ſcio,in vicẽ certæ quãtitatis pecuniæ, de qua cõuenerit,permutatas fuiſſe eiuſmodi merces ea mẽte,vt ex earũ venditione preciũ redigeretur, quod cõuentæ quãtitati reſpõderet, Non negarẽ manifeſtã

directo

directo domino fraudē factā videri, ne quid laudimij vel tertiæ vēditionis nomine ex eo cōtractu petere posset: Ac quāuis soleā hac parte distinguere laudimiū à tertia venditione vt ex permutatione laudimiū semper debeatur, Tertia venditio nūquam, quippe quæ vt nomen ipsum sonat ex sola vēditione deberi possit, In proposita tamē facti specie nullū huic distinctioni locū relinquo, quia fraus facit vt quam contrahentes permutationem dixerūt, ea verè dici emptio potiùs ac venditio debeat: Vt quemadmodū fraus sine dolo malo esse nūquam potest, ita neq; impunita vnquā remaneat, sicuti nec cuiusquā dolus manere impunitus debet, Ne tùm quoq; cùm alteri quàm ei qui dolū fecisset, profuturus esset *l. procurator* 11. *§. 1. D. de doli mal. except.* Extra hunc casum admittere non possum vt ex permutatione vini aut frumēti laudimiū aliquod debeatur ex speciali aliquo iure, vt Amedeus noster existimat, sed ex generali potiùs illa iuris ratione quā in præcedentibus probauimus, quod ex permutatione qualibet si neq; consuetudo vlla neq; statutū vigeat in cōtrariū, laudimia præstari oporteat, Nimirū suppositis, vt solemus dicere, terminis habilibus, id est quātùm ad fundos qui aut feudales, aut emphyteuticarij esse proponūtur. Neq; enim vina, frumēta & aliæ res eiusmodi quæ siue pondere, siue numero, siue mēsura constāt laudimij obligationē aut præstationē admittere possunt, Non magis quàm vt vel feudalia vel emphyteuticaria existimētur, tametsi ex fundo feudali vel emphyteutico percepta sint: quia non quod ex feudali re vel emphyteutica perceptum est, continuò feudale vel emphyteuticariū dici debet, quando nec nisi prædia in feudū vel emphyteusim dari solēt: quippe quorū fructus aliquis esse possit salua eorū substantia, non etiam earū rerū quæ & seruando seruari nequeunt, & non vtendo consumuntur. Est autē hæc nostra sententia quod ad tertiam venditionē pertinet tantò clarior, quantò tertia ista venditio creditur esse odiosior laudimio, quod nec Amedeus diffitetur: Siue quòd grauior sit laudimio, in quātitate pecuniæ, quæ hoc nomine præstanda est, ad tertiā semper vsq; partē precij [qua de causa mallē dicere *tertiā vēditionis* quàm *tertiam venditionē*] siue quòd onus hoc soleat accedere oneri laudimiorū, Durùmq; sit duplici onere quem prægrauari *l. iure succursum 6. D. de iur. dot. l. Titia 34. §. qui inuita De legat.* 2. Proinde strictiùs accipi debent verba contractus, cùm de tertia vēditione agitur quàm cùm de laudimio, nec tā facilè capiēda illa interpretatio, vt qui se permutare dixit, vendere potiùs voluisse intelligatur. Et quāuis placeat quod idem Amedeus subiicit, Verba contractuū quantūuis strictè accipiantur, non esse tamē iudaicè accipienda. Nihil tamē est quod verēdū sit ne iudaicè fiat si permutationē pro permutatione accipiamus, venditionē verò pro venditione: Esset q; potiùs dicenda ista rerū & verborū fœda confusio si his diuersorū cōtractuum nominibus promiscuè vteremur: Vt in specie nō dissimili loquitur Iustinianus *in l. vlt. C. de legit. tutel.* Nec simile est quod veteres legimus vsos fuisse promiscuè nominibus emptionis & venditionis, Itémque locationis & cōductionis *l. veteres* 19. *cum l. seq. D. de act. empt.* Nec enim alia emptionis, alia venditionis contrahendæ ratio est cùm vnus sit contractus, licèt pro diuersitate personarū quas in eo contractu internenire necesse est, diuersa sortiantur nomina, Quod & in locatione & conductione tractari similiter potest vt ad earū legum interpretationē aliàs docuimus contra Cuiaciū, quem non puduit scribere, Veteres adeò malè ac impropriè locutos fuisse vt venditionē aliquando dicerēt pro locatione, & emptionē pro conductione, Cuius tamen improprietatis tantæ ne quidē vestigia vlla in libris nostris possum agnoscere, quoniam ita ius semper fuit, vt aliter vēditiones, aliter locationes cōtraherētur *d. l. sciendū.* Quāuis dici

soleat & verissimum sit venditiones & locationes iisdem ferè iuris regulis consistere *l.1.& 2.l.item si precio 22.§.vlt.D.locat.* Sed quantò dissimiliùs venditiones,& permutationes cõtrahi certum est! Vt proinde nulla prorsus ratio sit cur vllo casu venditionem pro permutatione accipiamus, aut contrà; Nisi cùm in fraudem domini directi permutationis color quæsitus est ad subdolã venditionem faciendam.Perpetua.n.est & sine exceptione illa iuris propositio, Plus valere quod agitur,quàm quod simulatè concipitur *l.1.& tot.ill.tit.Plus valer.quod agit.* De iure prælationis minor dubitatio est quin competat domino directo in re feudali vel emphyteuticaria quæ cum vino vel frumento aliisque huiusmodi mercibus permutata sit,Cùm habere locum debeat in qualibet alienatione etiã ex qua nullum alioqui laudimium debeatur, propter ius antiquius dominij directi quod in ea re dominus habet,vt cæteris omnibus non modò tanquam posterioribus iure pignoris si eo vti malit, sed etiam iure dominij præferatur *arg. l.in liberto 77.D.de solut.l.ex facto 52.D.de pecul.* Nam quid interest domini, an res feudalis vel emphyteuticaria cum fundo permutetur, an cum vino vel frumento cùm vtroq; casu perinde fiat vt res illa feudalis vel emphyteuticaria verè alienetur,aliúmque dominum & possessorem sortiatur? Quod vtique sufficit,vt iuri prælationis locus esse & possit & debeat.Hoc verò quia nec interpretes ipsi negant,pluribus non confirmabimus.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
DE ERROR. PRAGMAT. ET INTERPR. IVR.
DECAS C.
ERROR I.
De laudimio petito ex donatione.

EX pura donatione laudimia nulla deberi pleriq; interpretum crediderunt, secuti Speculat. *in Tit. De locat. §. nunc verò aliqua vers.*107. & Petr.Iacobi. *in Tit. De action. in rem pro re emphyt. vers. item excepta donatione.* Moti ea potissimùm ratione, quòd in donatione preciũ nullum interueniat, nec iuri prælationis locus esse possit. Quotus enim quisque est qui non sibi potiùs quàm alij donatum vellet? siquidem sic à natura comparatum est vt omnes sibi bene esse malint quàm alteri. Videtur autem Iustinianus *in l.vltim.C.de iur. emphyt.* præstandi laudimij necessitatem non

non aliis casibus induxisse, quàm in quibus etiam ius prælationis locum habere possit, Non quasi in eundem casum eandémque personam duo hæc iura cõcurrere debeant, Sed vt quemadmodum nulla de laudimio superesse potest quæstio, cùm directus dominus prælationis iure vti mauult, Ita dicendum sit eo demum casu de laudimio tractandum esse, quo potuisset dominus vti iure prælationis si maluisset. Et consequenter vt quo casu nihil de iure prælationis tractari potest, nec de laudimio tractãdum quicquam supersit. Hinc verò fit, vt iidem interpretes qui ex pura donatione laudimia nulla deberi volunt, aliud iuris constituant in donatione quæ certa lege & sub modo facta sit. Vt puta si conuenerit de alimentis donatori præstandis & vt eius creditoribus satisfacere donatarius teneatur. Nimirum quasi precij cuiusdam aut saltem permutationis vice iungi debeat onus, quod donatario iniungitur, ex cuius oneris comparatione quinquagesima precij constitui possit. Sic enim Capell. Tholos. *quæst.* 278. Sed neque desunt qui putent rem emphyteuticariã donari non posse irrequisito domino directo quin continuò & ipso iure cadat in commissum. Quam sententiã & refert & probat Guid. Pap. *quæst.* 46. vbi rationem illam adfert, quod alioqui nullo remedio nulláque actione prouisum esset domino directo aduersus donatarium, cùm personalis obligatio eum sequi non possit *l. æris alieni* 15. *Cod. de donat.* vt nec alium quemlibet singularem successorem *l.* 1. *§. si heres D. ad SC. Trebell. l. vltim. §.* 1. *De contr. empt.* Neque rursus posset dominus directus commissi pœnam petere ob factam donationem non requisito ipsius consensu qui ex iuris ratione requiri nullomodo debuisset. Qua de causa sunt qui remedij loco inducendam putauerunt mediam quandam sententiam vt possit quidem emphyteuta rem emphyteuticam donare etiam irrequisito domino, quod sanè frequẽtior Doctorum schola sentit, sed tamen debeat consensum domini requirere ad possessionem accipiendam vt non nisi per manus domini rem accipiat, ideóque laudimium offerre cogendus sit, ne alioqui res in commissum cadat. Quæ Salyceti primùm sententia fuit ad *d. l. vlt.* C. *de iur. emphyt.* & aliorum quos supradicto loco idem Guido Papius cõmemorat, Vbi addit se credere quod ista sit veritas, quia inquit sic subuenitur domino directo circa conseruationem iuris sui emphyteuticarij. Quoniam donatarius recipiendo inuestituram à domino directo, & ei soluendo laudimia [sic enim scribere debuit non *sibi*] obligatur eidẽ domino ad solutionem canonis in futurum, & ad præstationem aliorum iurium emphyteuticorum. Ex quo infert quod emphyteuta vendendo vel donando rẽ emphyteuticariam non transfert dominium in donatarium nec in emptorẽ donec per dominum directum fuerit retentus & inuestitus. Etiam posito quòd in venditione aut donatione interueniat precarium vel retentio vsusfructus per quam transferri aliàs solet possessio & cum possessione dominium *ex l. quod meo* 18. *D. de acquir. poss. l. quisquis* 28. *Cod. de donat.* Quia, inquit, hoc est verum quod donans vel vendens transfert possessionem per precarium aut retentionẽ vsusfructus in donante vel vendente rem francam seu allodialem, sed in re emphyteuticaria secus. Verba sunt Guidonis Papij hanc Salyceti mediam sententiam probantis. Alij tamen sunt qui Christophorum Porc. secuti ad Tit. *Inst. De locat.* existimant posse totam hanc controuersiam æquiore temperamento sic dirimi vt qui rem emphyteuticariã donare vult, denunciet domino directo priusquàm donet, sub hac forma, *Ego volo donare Titio meliorãmẽta, Vnde tibi notifico vt scias per quẽ possideas.* Eámq; sentẽtiã apostillator ad Guid. Pap. præstátiorẽ esse putat, quasi per eã prouideatur melius & donatori ne res in commissum cadat, &

donatario nc laudimium vllum eo nomine soluere teneatur, & deniq; domino directo vt ex eo tempore possit à donatario tāquam à nouo possessore canonem annuum accipere, quem si donatarius vltrò non offerat, cogi possit ad eius præstationem aut per actionem negatoriam, aut per directam rei vindicationē. Mihi longè alia de his omnibus sententia est, nimirum, Posse quidem donari rem emphyteuticam irrequisito domino hactenus vt non sit denunciandum domino directo an velit rem retinere, Ne sit in potestate domini directi alienam liberalitatem donatario eripere, & in se transferre inuito donatore, qui non domino directo, sed amico donatum voluit, quod esset absurdissimum & iniquissimum. Sed non ita vt alienatio per donationem fieri possit inscio domino directo. Cuius certè interest scire, quem habiturus sit rei suæ emphyteuticariæ dominum, vt vocant vtilem, & possessorem. Non solùm vt ab eo possit exigere canonem annuum quem alius præstare non debet, quàm qui possidet, sed etiam quod fieri possit vt in eum collata sit donatio, quem in emphyteutam nouū admittere directus dominus cogendus non sit. Quid enim si is homo sit qui capitales cum domino directo inimicitias gerat? Aut tam infamis vitæ vt dedecori futurum sit directo domino habere emphyteutam adeò ignominiosum? vt *in l. 3. §. si emancipatus D. de bonor. poss. contr. tabul.* Quid si donatum sit Ecclesiæ quæ rem semel factam ecclesiasticam alienare posteà numquam possit? ita vt exinde nulla consequendorum vnquam laudimiorum spes domino directo sit superfutura? An non ipsius interest eiusmodi donationem non admitti? Nam & inde cōparatum est vt si quando tales donationes fieri contingat, indemnitatem domino directo præstari oporteat, quam pragmatici nostri *amortisationem* vocāt. Denique tam ex supradictis causis quàm ex aliis plurimis, quæ conquiri & congeri possent, negari non potest quin domini directi intersit nō minùs scire donationem quæ facta sit rei emphyteuticariæ quàm speciem aliam quālibet alienationis: nec bona consecutio est, vt quoniam scientia, & denunciatio illa quam requirimus nihil profutura sit ad ius prælationis, adeò contemni debeat dominus directus vt inscio eo & ignorante donatio fieri impunè possit. Exquirenda igitur semper est directi domini voluntas, vel ob hoc ipsum, vt sciatur an donationi consentire velit, quamuis verum sit cogendum eum consentire, si nullam habeat satis iustam contradicendi causam. Neque rursus bona est alia illa cōsecutio quæ fit à plerisque Doctoribus, vt quia non potest dominus directus habere ius prælationis in re donata, laudimiorum quoque iacturam pati debeat, Cùm tantò magis laudimia deberi æquum sit pro eo incommodo quod sentit dominus directus, vt in hac specie nullū ius prælationis possit obtendere: Itémque quod laudimiorum præstandorum obligatio à Iustiniano inducta sit non in consequentiam iuris prælationis, sed in eum potiùs casum quo iure prælationis vti dominus noluerit. Quid enim refert an vti nolit, an non possit etiamsi maximè vellet? An non esset quod magis imputaretur domino, qui iure isto prælationis vti noluisset cùm potuisset, quàm ei qui non potuisset, quamuis voluisset. Verùm neque audiendus est nouus emphyteuta si ad recusandam laudimiorum præstationem velit imputare domino cur suo iure prælationis vsus nō sit. Cùm ex eo facto commodum ipse sentiat qui alioquin rem emphyteuticariam hodie non haberet *arg. l. si extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier D. de iur. dot.* In summa sunt hæc iura prælationis, & laudimiorum distincta omnino & separata, vt proinde ab vno ad alterum inferri nihil possit. Sufficitque ad inducendā laudimiorum obligationem mutatio emphyteutæ, quæ cōtigerit per quamcūq;

speciem

speciem alienationis, & quod nouum emphyteutam in possessionem inducere vel admittere dominus paratus sit, vt in præcedentibus à nobis sæpius disputatum est. Proinde nec illam distinctionem probare possum Capellæ Tholosanæ *quæst.* 278. An donatio purè facta sit, an sub modo & certa lege: Neutro enim casu potest dominus in re donata ius vllum habere prælationis. Vtroque autem sicut perinde verum est alienationem ex causa donationis factam esse, Ita & laudimia deberi fatendum est. Nec quod in donatione facta certis legibus aliquid sit quod precij loco esse queat, non item in pura donatione ad rem facit, Cùm non propter conuentionem precij laudimia debeantur, sed propter emphyteutæ & possessoris mutationem, licèt laudimij præstandi quantitas ex cõparatione precij sumatur, scilicet cùm precium aliquod conuentum est. Quod si factũ nõ fuerit ad ineũdam rei alienatæ æstimationem recurrimus, ex cuius similiter cõparatione laudimij quãtitas æquè sumi possit. Quid enim potest interesse an res emphyteuticaria quæ alienata fuit æstimata sit à contrahentibus, an per probos viros officio iudicis æstimari possit? Nisi quod cùm à contrahentibus ipsis æstimata est, standum est conuentioni precij nec alia vel maior vel melior æstimatio facienda est. Idq; verba etiam ipsa Iustinianeæ constitutionis euincunt. Miror verò magis quid in mentem illis venerit qui scripserunt, Ideò non posse fieri donationem irrequisito domino, quod alioqui nullo remedio posset domino esse cõsultum qui neque ad commissi pœnam agere, neque personalem obligationem contra emphyteutam exequi posset. Nam quid attinet de personali obligatione tractare, aut in perquirenda ea laborare, cùm dubitari nõ possit quin dominus directus vindicationem directam habeat contra quemlibet possessorem nulla exceptione repellendus ne quidem ab ipso emphyteuta cum quo cõtraxit si non offeratur ei pensio de qua in emphyteusi ipsa constituenda conuenit *l.* 1. *&* *vlt. D. si ager vectig. vel emphyt. petat.* Quantò minùs ergo licebit extraneo vindicantem summouere, prætextu illo solo quòd personalis obligatio nõ sequatur singularem successorem? Sanè quod alij volunt posse hoc casu agi negatoria aduersus donatarium, prorsus ridiculum est. Neque enim comparatæ sunt actiones negatoriæ, nisi seruitutũ petendarum gratia, non autem pro rebus corporalibus, licèt & ipsæ sint vindicationes *l.* 1. *l. loci* 4. *§. competit & pass. D. si seruit. vindic.* Nec quod exemplo seruitutum etiam pro aliis iuribus huiusmodi actiones dantur, fauere huic errori potest. Nam cùm dominus directus nõ tantùm verè dominus sit, sed etiam solus dominus, consequens est vt nullum planè aliud ius quàm dominij aut in re sua, aut in rem suam habere possit, cùm nemini res sua seruiat *l. vti frui* 5. *D. si vsusfr. petet l. in re communi* 26. *D. vrban. præd.* Adeò nimirum potens & magnum est ius dominij, vt cætera omnia aut complectatur aut absorbeat. Ius verò ipsum emphyteuticum totum penes emphyteutam est, Vt scilicet ius habeat retinendi rem etiam inuito domino, dum ne cesset in soluenda pensione, præstandísque cæteris de quibus ab initio conuenit *dict. l. vlt.* Cùm enim dominium emphyteuta non habeat, nihil nisi ius illud in re habere potest. Qua de causa nec illud probare possum, quod pragmaticis nostris passim video placere, Dandam domino directo etiam actionem hypothecariam in rẽ ipsam emphyteuticam ad auocãdam possessionem, si fortè emphyteuta cesset in canonis annui aliorúmque iurium emphyteuticorum præstatione. Qui n. fieri potest vt concurrat ius dominij cum iure pignoris in vnam eandémque rem & personam? *vulg. l. neque pignus* 45. *De reg. iur. l. penult. §.* 1. *in fin. D. de except. rei iudic.* Scio responsuros pragmaticos distinguendũ esse hac parte duplex dominiũ

directum & vtile, nec absurdum esse vt dominus directus qui non nisi directum dominium habet, etiam vtile obligatum habeat, etiam quod est penes emphyteutam. Sed præter id quod ridicula & tota commentitia est hæc distinctio duplicis dominij, vt toties inculcauimus, Inauditum etiam est vt qui dominium habet directum, etiam vtile obligatum habeat, aut obligatione vlla dominij vtilis indigeat, ad suum consequendum. Quemadmodũ enim solemus dicere, Nõ indigere vtili actione illum qui directam habeat, vt neq; honoraria indiget is, qui habet ciuilem *l.1.D.de public.in rem act.l.2.§.item Varus D. de aqua & aquæ pluu.arcend.act.l.si heres 70.in princip.D.ad SC.Trebell.* Ita neque dominij vtilis aliqua vtilitas contingere põt ei, qui directum habeat, Cùm neq; dominium illud vtile impetrare vnquam possit tanquam quod per consolidationẽ ipso iure extinguitur, Neque vtilis dominij distractionem vnquã vrgere quod nec emere ipse vnquam possit, nullo etiam se offerente extraneo emptore: cùm non magis emptio quàm pignus rei propriæ consistat *l.suæ rei 16.D.de contr.empt.& d.l.neque pignus.* Quænam aũt põt esse vtilitas pignoris quod neque distrahi vnquam possit, neque emi à creditore, nec deniq; dominium eius impetrari *l.si conuenerit 4.D.de pignor.act.l.mulier 17.C.de distract.pign.l.2.C.si in caus.iudic.pign. capt. sit.* Nec simile est quod obiiciunt pragmatici, Pro legato nõ solùm vindicationẽ competere cum actione personali, sed etiam hypothecariam *ex l.1.C.commun.de legat.* Nam vt alibi docuimus, debet ea constitutio sic accipi vt hypothecariam habeat legatarius pro re legata nõ in rem ipsam legatam, sed in cæteras quæ nõ sunt in legato, Ne contra iuris rationem manifestissimam vindicatio cum hypothecaria concurrat: quod fieri nullo casu põt. Sed & illud scio, Placere vulgo interpretibus, Feudum, itémq; emphyteusim speciem quãdam esse seruitutis, qua ratione potissimùm moueri deberent qui pro iuribus emphyteuticis dant negatoriam. Sed si ita est, vtiq; fateri nos oportet seruitutem esse emphyteutæ debitam, non quam emphyteuta domino debere possit, cui res sua, vt iã diximus, seruire nequit. Cogitur nãque dominus pati vt emphyteuta rem retineat. Et quod vicissim emphyteuta canonem annuum præstare cogitur & laudimia, & si quid aliud est in horum numero iuriũ quæ emphyteutica appellantur, nõ tã sunt ista iura domini directi, quàm fructus & emolumenta quædã directi dominij, Non alio planè iure ad dominũ directũ pertinentia, quàm quia dominus est, Eodem prorsus modo quo vsusfructus quẽ iidẽ interpretes causalẽ vocant, ad ipsum rei dominũ pertinet, Nempe non tam vsusfructus quàm plenæ proprietatis iure *d.l.5.D.si vsusfr.petat.l.si alij 19.D.de vsusfr.legat.l.qui vsumfructũ.58. De verb.oblig.* Ergo si quis volet defendere, Nõ posse rem emphyteuticariã donari irrequisito domino, Non ratione illa moueri debet qua moueri se testatur Guido Papius, quod alioqui nullo remedio succurri domino posset aduersus donatarium, sed illâ potiùs, quòd non sit cogendus dominus emphyteutam nouũ admittere quẽ vel nolit, vel nesciat. E contrario nec bona illorum ratio est, qui rem emphyteuticariam irrequisito domino posse donari ideò volunt quòd non possit directus dominus prælationis ius vllum in re donata prætendere. Nihil.n.vetat cessante propter ius prælationis denunciandi necessitate aliam causam superesse propter quam fieri denũciationem oporteat, sc. vt sciat dominus, quem possessorem, & emphyteutam sit habiturus, & à quo sui dominij commoda & emolumenta petiturus. Quoties.n.duæ sunt eiusdem effectus causæ sublata vna sufficit alterã superesse vt idem effectus aut maneat, aut sequatur *l. cùm is 32.§.mulier D. de condict.indeb.l.quoties duplici 91.De regul.iur.* Sed grauior Guidonis Papij error in eo est

eo est quod putat, Nouum emphyteutam cogẽdum accipere nouã inuestituram vt eam accipiendo & laudimium soluendo, se obliget in futurum ad præstationẽ canonis annui, & cæterorum iurium emphyteuticorum. Quasi verò nõ sit obligatus, nisi soluat laudimium. Quid.n. si nolit laudimium soluere? at neque inuestituram recipere? An non erit obligatus vt ei laudimium præstet, & in futurum ea faciat omnia, quæ prior emphyteuta facere & præstare tenebatur? Imò erit, Non quidem præcisè vt ille qui ex suo ac proprio cõtractu conuenitur, sed necessitate, vt vocant causatiua, id est si rem emphyteuticariam retinere sibi velit, nec malit eam amittere. Cùm nihil habiturus sit, quod obiicere possit domino rem suam vindicanti si non pareat legibus contractus, quamuis inter alios celebrati: Neque verò necesse est, vt de commissi pœna quicquam quæratur, quia & priusquàm res committatur, perinde competit vindicatio domino, acsi iam commissa esset, Nec aliud adiicit commissi pœna, nisi vt possessor vindicãtẽ dominum submouere nequeat nec si paratus sit leges contractus implere, quomodo posset si adhuc commissa res nõ esset. *d.l.vlt. D.si ager vectig.* iunct. *l.commissa 14. D.de public.vectig.& commiss.* Etsi lex illa de commissis est earum rerum quarum dominium ante commissi pœnam ad alium pertinebat. Nos autem de eo commisso tractamus quod nullum domino directo nouum acquirat dominiũ, sed tantùm noui possessoris & emphyteutæ ius totum extinguat.

ERROR SECVNDVS.

De pluribus qui eandem rem emphyteuticariam diuersis temporibus emerunt, quorum posterior inuestituram prior acceperit.

QVæSTIONEM hanc cogimur interserere, nõ vt ea retractemus quæ à nobis in superioribus Decadibus iam satis supérque disputata sunt circa interpretationem *l.quoties 15.C.de rei vindic.* Sed vt Guidonis Papij sententiam confutemus, qui supradicta *quæst.*46. existimat, Id quod scriptum est *in d.l.quoties*, & verum esse fatentur omnes, Ex pluribus emptoribus in causa & quæstione dominij præferendum eum esse non qui prior emerit, sed qui prior ex traditione rem acceperit, non nisi ad res francas, vt ipse loquitur, & liberas pertinere non etiam ad emphyteuticarias. Quod si verum esset, vtique sequeretur parum abfore, quin eam legem pro abrogata haberi oporteret cùm res ferè omnes immobiles, præsertim apud nos, sint emphyteuticariæ, Paucæ admodum liberæ & allodiales. Mouetur autem ex eo potissimùm, quod scriptum est *in l.vltim. Cod.de iur.emphyt.* Emphyteutam si aliter versetur in re emphyteuticaria, quàm secundum eam formam quæ ibidem à Iustiniano præscripta est, cadere à iure suo. Quod nihil aliud est, inquit, quàm amittere illum & dominium & possessionem: quo admisso fit consequens vt nec dominium nec possessionem transferre in emptorem possit, Ne alioqui contra iuris regulas plus in alium transferat, quàm habeat ipse. Atque secundum hanc sententiam bis à Senatu Gratianopolitano iudicatum fuisse ibidem testatur. Fortassis quòd eo tempore nondum inualuisset generalis illa consuetudo quæ posteà inualuit vt non tantùm emphyteuses sed etiam feuda redacta sint ad instar patrimoniorum & bonorum allodialium, nisi quantum ad ius succedendi, vt idẽ Papius loquitur *Decis.59.nu.2.* quæ tamen cõsuetudo posteà latiùs accepta est etiã quòd ad ius alienãdi, vt apud eũdẽ Guid.Pap. notat Ranchinus *d.qu.59.*

& pragmatici omnes Galli recentiores. Nam admissa eiusmodi consuetudine generali dici certè non potest, Cur in quæstione *d.l.quoties*, potiùs quàm in cæteris admittenda sit distinctio an res vendita pluribus libera sit, & allodialis, an emphyteuticaria. Neque verò Senatus noster eam distinctionem vnquam secutus est, tametsi sæpiùs ac sæpiùs inter plures emptores de dominio rei venditæ inter se contendentes iuxta sententiam *dict.l.quoties pronunciauerit.* Cùm enim iam exoleuerit quod Iustiniani constitutio *in d.l.vlt.* induxerat vt nō priùs fieri posset alienatio rei emphyteuticariæ, quàm alienaturus emphyteuta consensum domini exquisiuisset, eique ex hac causa denunciasset nec aliud hodie ius sit hac parte domini directi nisi vt venditionem etiam se inscio factam adprobare & laudare teneatur, emptoremq; in ea possessione tueri in quam venditor eum induxerit, apparet neque dominij, neque possessionis translationem à persona venditoris in personam emptoris impediri hodie ex eo solo posse, quod nondū venditioni dominus consenserit, Ideóque eandem iuris rationem, quæ olim faciebat pro emptore cui priori tradita res esset, vt priori emptori tardius possessori facto anteponi deberet, etiam hodie durare, neque ex iuris emphyteutici quo nunc vtimur, ratione immutatam esse. Maximè verò apud eos populos qui dominum directum iure prælationis vti minimè patiuntur, quomodo apud nos obtinebat non ita dudum, vt nullum dominis esset ius prælationis, quemadmodum in nostro Codice scripsimus. Quod etsi posteà restitutum fuit speciali edicto ante octo circiter annos condito, Non ideò tamen correctum fuisse putandum est ius quo anteà vtebamur, quantum ad translationem dominij & possessionis rei emphyteuticariæ, nullo etiam requisito domini consensu: Quia etiam hodie non nisi post perfectam venditionem secutámque traditionem vtitur dominus hoc iure prælationis, nec vti prohibetur ob id, quòd iam translatum sit dominium, itémque possessio in emptorem, cùm in re emphyteuticaria semper sit anterius ius domini quandiu non laudauit alienationem, nec possessorem nouum, aut in possessionē induxit, aut in possessione retinuit, *arg.l. ex facto* 52. *D.de pecul.l.in liberto* 77. *D.de solut.* Sed etsi hodie vteremur eo iure, quod à Iustiniano certas leges & regulas accepit, inter quas est ius illud prælationis, Non tamen statim esset consequens, quod vult Guido Papius, vt ob eam causam præferri deberet is qui prior inuestitus à domino fuisset, ei qui prior à vēditore possessionem rei emphyteuticæ accepisset. Imò si bona esset ratio qua mouetur Papius, nullus quæstioni huic locus fieri vnquam posset. Ait enim ideò præferri non posse illum cui priori res tradita est à domino vtili, quòd venditor non denunciando directo domino venditionem aut aliam, quam facere velit alienationem, statim & ipso iure ipsóque facto cadat à iure suo, vt proinde neque dominium vllum, neque possessionem vllam habeat, quam transferre in emptorem possit. Atquin si ita est prima statim venditione ius omne suum amisit, & consequenter nihil ei superfuit, quod alij possei vendere, nisi eo sensu quo dicimus, Etiam rem alienam vendi posse *l.rem alienam* 28. *D. de contr. empt.* Sed quæstio nostra in rei alienæ venditionem non cadit, quia certissimum est, Re aliena vendita quantumlibet tradita neutrum ex emptoribus potuisse dominum sibi acquirere ab eo qui dominus non fuit, Et quamuis per eiusmodi traditionem vera possessio transferatur, dominium tamen transferri nullum posse *l.traditio* 20. *D.de acquir.rer.domin.& d.l.rem alienam.* Et vt quæstioni nostræ fieri locus possit, necessariò ponendum est venditorem fuisse dominum & traditionem ab eo factam fuisse posteriori tantùm emptori, non

priori,

priori. Nam si priori facta esset à domino, & cætera concurrerent, quæ ad transferendum ex causa venditionis dominiũ requiruntur, id est vt vel solutum esset precium, vel habita fides de precio; quis dubitaret quin potior eius causa esse deberet, qui & prior emisset, & possessor factus prior fuisset? Itaque potuit Guido Papius, & debuit ea potiùs moueri ratione, vt pro priore inuestito responderet; quòd solus habeat causam à domino: Cùm verissimum sit quod in hoc tractatu toties inculcauimus, solum rei emphyteuticariæ dominum esse illum quem directum appellant, Emphyteutam verò nihil nisi ius illud in re emphyteuticaria habere, vt quandiu pensionem soluet aufferri res ab eo non possit *l.1.& vltim. D.si ager vectig.vel emphyt. petat.* Qui ergo prior à domino directo inuestitus est, ille est qui à vero domino emit: qui verò ab emphyteuta, ille est qui à non domino. Et consequenter dubitari non potest quin præferendus ille sit qui à domino inuestitus est, quemadmodum contingit quoties ex duobus vnus emit à domino, alius à non domino *l.si eares 31. in fin. D.de act. empt.* Quòd si ambo inuestiti sint à domino directo, is vtique præferetur, qui prior inuestitus fuerit, vt & alius quilibet qui prior à domino possessionem acceperit. Cùm inuestitura propriè nihil aliud sit quàm possessio, licèt abusiuè dicatur inuestitura quando hasta vel quid aliud corporeum porrigitur à domino feudi dicente se facere inuestituram *T it.2.quid sit inuestit. In vsib. feudor. lib.2.* Quidni verò præferetur is qui prior fuit inuestitus à domino, Cùm & ex pluribus qui ab eodem non domino emerunt, præferendus ille sit, cui priori res tradita est *l.sin autem 9.§.si duobus D.de public. in rem act.* Sed & admissa illa duplicis dominij directi & vtilis distinctione, non facilè possum probare quod vult Guido Papius translationem possessionis impediri si res emphyteuticaria à domino, vt vocant, vtili alienata sit nulla præcedente denunciatione, & contra Iustiniani constitutionem. Etsi enim venditio & alienatio quælibet districtè à Iustiniano prohibita est, quousque domini voluntas exquisita sit. Quis tamen nescit, Etiam ex contractu inutili & prohibito transferri possessionem *l.1. §.si vir vxori D.de acquir.possess.* quippe quæ facti sit magis quàm iuris, vt ibidem scriptum est, & in *l.denique 19.D.ex quib.caus. maior. l.1. §. Sceuola D.si is qui testam. lib. ess. iuss. sit.* De dominio autem etiam vtili, quamuis difficilius sit vt contra legis prohibitionem transferatur *l. vltim. Cod. de reb.alien.non alienand.* Si tamen venditio incipiat à traditione quod fieri facilè potest, puta si tractatus & pactum de vendendo certo precio præcesserit [nec enim pactum de vendendo venditio est] & venditor postmodùm tradat eam rem illo precio, Non puto dubitandum quin idem dici debeat, vt hoc casu dominium quoque vtile in emptorem transferatur. Quandoquidem supradicta Iustiniani constitutio factum ipsum notat venditionis aut alterius alienationis perfectæ non solam, nudámque faciendi voluntatem. Nemo enim dixerit, Ob id solùm quod emphyteuta rem emphyteuticariam vendere aut ius suum emphyteuticarium alienare, & in alium transferre voluerit, cadere illum à iure suo: Neque verò Iustiniani constitutio hoc habet. Sed postquàm prohibuit Iustinianus initio legis ne liceat emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre, subiicit in fine legis *sin autem aliter fuerit versatus, quàm nostra constitutio disposuit iure emphyteutico cadat.* Quod ipsum nihil aliud est, quàm si diceret, *si emphyteuta meliorationes suas vendiderit alij, aut ius suum emphyteuticum in alium transtulerit.* Non igitur impedit lex venditionem, aut iuris emphyteutici translationem fa-

Nnn

ciendam, sed factam punit, & irritam facit quantum ad vtilitatem dominij directi. Qui si iure suo, ac beneficio Iustinianeæ constitutionis vti nolit, siue expressa, siue tacita volūtatis declaratione, quis dubitat quin valitura sit venditio, dominiique vtilis translatio inter venditorē & emptorem? Vt si fortè velit venditor eam rem quasi non venditam nec alienatam vindicare, perinde sit repellēdus exceptione rei vēditæ & traditæ ac alius venditor quilibet *l.1.& tot.tit. De except.rei vendit.& tradit.* Quemadmodum dicimus, pactum inter debitorē & creditorē initum vt creditor onus tributi prædij pignorati non agnosceret, sed eius soluendi necessitas debitorem spectaret, quantum ad rationem quidem fisci seruandum non esse *l.inter debitorem 42.D.de pact.* sed inter ipsos paciscētes iustum, ideóq; seruandum esse *l.epistola 52.§.pactum eod.* Nec enim Iustinianus supradicta constitutione id egit vt emphyteutæ noceret, sed potiùs vt domino consuleret, ac prospiceret ne quid ei factum emphyteutæ nocere posset. Itaque nolente domino directo ius suum exequi, adeóq; quandiu pendet an iure suo sit vsurus, remanent omnia in dispositione iuris cōmunis, & in eo statu in quo essent si cōstitutio illa nō interuenisset. In eóq; interpretes omnes cōsentiunt, nō vsq; adeò rigidè ac iudaicè, vt loquuntur, eam constitutionē accipiēdam esse vt non sit opus declaratoria sententia, id est per quā pronuncietur emphyteutam contra legem fecisse, & caducitatis pœnam incurrisse. Superest enim adhuc illa ex facto & iurisdictione pendens quæstio, An factum sit aliquid cōtra legem, & quidem ita vt nullam excusationē mereatur, quomodo in dissimili quæstione, Claudius Tryphoninus ad Scæuolā notat *in l.filia 88.D.de solut.* Adeò vt si emptorem ab extraneo possessore vindicantem eam rē emphyteuticariā quam non requisito domini directi consensu emisset summouere vellet eo prætextu quasi nullo iure ageret tanquam qui per eam emptionē etiam secuta traditione dominus fieri non potuisset, vtique non esset audiendus, Propterea quod esset exceptio illa de iure tertij, Exclusiua quidem iuris agentis sed non aliter quàm si tertius velit. In quo exceptionū genere vt receptissima, ita verissima est Bartoli traditio ad *l.2.D.de except.rei iudic.* nō esse illas admittendas. Neq; rursus in iure nostro nouū est vt ex aliqua iusta causa dominiū interim trāsferatur, quod tamen posteà pro numquam translato haberi debeat, Vt euenit in re sub condicione legata, quæ interim pleno iure est heredis, fitq; emptoris si eam heres suspensa adhuc cōdicione alij vendiderit. Et tamen si quandocunq; posteà existat condicio legati, neq; heredis, neq; illius qui ab ipso emit, vnquam fuisse intelligitur, sed à testatore ad legatarium rectà peruenisse *l.& post litē 12.§.res qua D.famil.ercisc.* iunct. *l.is cui via 11.§.1.D.quemadm.seruit.amitt.l.quadam 15.D.de reb.dub.l.generaliter 29.§.1.D.qui & à quib.manum.l.de hereditate 19.§.pater D.de castrens.pecul.* quod & in donatione inter viuos per traditionem sub condicione facta iuris est *l.2.§.si pecuniam D.de donat.* & aliis plerisque casibus alibi per nos adnotatis. Quòd si dominus directus adprobet venditionem, etiam quæ posteriori emptori facta sit, cúmq; inuestiat, an non manifestè declarat nolle se vti iure suo? Alioqui non posset adprobare & confirmare venditionē quæ nulla esset, Nec sufficeret ad translationem dominij quod venditionem adprobaret si non etiam ipse venderet: Cùm aliud longè sit vendere, aliud vendenti consentire: vt habet iuris regula 160. *De regul.iur.* Proinde cùm iure suo non vtatur, remanent omnia in iuris communis dispositione, vt qui prior fuit in possessione acquirenda, potior sit in retinenda. Nec quod posterioris tantùm emptoris gratia qui inuestitus fuit, credendū sit dominum directū ius suum remisisse, potest anterio-

anterioris emptoris ius lædere. Non enim acquirit ius suum ex inuestitura, quę scilicet alij non ipsi facta est, sed ex suo contractu sibiq; facta traditione, Exemplo non ineleganti eius quod scriptum est *in l. codicionibus 5. D. de condic. & demonstr.* Pupillum etiam sine tutoris authoritate cõdicionibus parêre posse, Nec in contrarium moueri quemquam ex eo debere quòd ita futurum sit aliquo casu vt sine tutoris authoritate necessarius heres fiat. Id enim iure potestatis fieri, non vi expletæ condicionis. Proxima siquidem & immediata causa inspicienda est, tanquam quæ magis influit, non quæ remota. Est autem remota causa illa & extrinseca, quòd directus dominus iure suo vsus non sit: Hæc verò proxima & immediata, quòd hic emptor, & emerit, & prior per traditionẽ rem acceperit. Sed neque causari potest alius emptor, qui prior quidem fuit inuestitus, sed posterior accepit possessionem, quòd non aliter voluerit dominus directus suum ius remittere quàm si posterior emptor priori præferretur: Nã præter id quod eiusmodi interpretatio tùm demùm habere locũ potest, cùm domini interest qui non aliter ius suum remissurus fuerat vt de creditore pignoratitio scriptũ est *in l. voluntate 8. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Hîc autem nihil interest domini directi, qui laudimia quæ à posteriore possessore non possit petere, à priore habiturus sit, atque ita plenam indemnitatem consecuturus. Illud etiam apertum est posterioris emptoris qui prior inuestitus fuit non esse allegationem hanc, sed domini directi, qui ius suum remisit. Quamquam nec domino directo esset permittendum vt iuris sui remissionem à se factam reuocaret eo prætextu quasi contractus quem adprobare voluisset, effectum non habuisset. Satis enim effectum habuit, cùm effecit vt ob secutam euictionem regressum habere possit hic prior inuestitus contra suum venditorem, Non habiturus si dominus iure suo vti, ac venditionem irritam facere voluisset, quasi factam contra legis prohibitionem. Venditionem enim aliquam præcedere necesse est vt actio de euictione nasci possit quæ nihil aliud est quàm actio ex empto *l. ex empto 11. & p ss. D. de action. empt. l. si in venditione 60. D. de euict.* Venditio autem alienæ quidem rei valet *d. l. rem alienam*, sed eius quæ alienari prohibita & interdicta sit non valet, ne quidem ad actionem de euictione producendam *d. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand. l. si creditor 7. in fin. D. de distr. pignor.* Nullus igitur dari casus potest, in quo melior ac potior causa esse debeat eius qui prior à domino directo inuestitus fuit, quàm illius, qui prior à venditore, eodẽ que domino vtili possessionem acceperit: Etiam inspecto eo iure quod circa emphyteuses Iustinianus induxit. Multò minùs si inspiciatur ius quo vtimur hodie redactis feudis, & emphyteusibus ad instar patrimoniorum & allodialium, Post restitutum quoque dominis directis ius prælationis, quod contraria consuetudo iis abstulerat.

ERROR TERTIVS.

De laudimiis petitis ex legato vel ex heredis institutione.

QVi ex donatione laudimium deberi putant, iidẽ existimãt deberi perinde ex legato & ex heredis institutione, vt ex cõmuni Doctorũ sentẽtia tractat Amedeus à Põte *q. 31.* post Bert. *cõs. 78. incip. ex casu vol. 1. part. 2.* Ias. *in l. vl. nu. 50. C. de iur. emph. c. 141.* An quãdo is cui, siue quod legatũ quoq; donatio sit *l. legatũ 36. De leg. 2.* & apud Iusti. *§. 1. De*

legat. Hereditates verò per institutionis titulum pleniore liberalitatis honore deferantur *l. filium* 5. *§. sed etsi portio D. de legat. præst.* Siue etiam, quòd laudimia propter alienationem dominiiq; mutationem potissimùm debeatur, vt sæpius docuimus ex *dict. l. vltim. Cod. de iur. emphyt.* quæ alienatio & mutatio non minùs per legatum inducitur & per heredis institutionem aditione secuta quàm per donationem *l. à Titio* 64. *D. de furt. l. cùm heredes* 23. *D. de acquir. poss.* Addunt tamen exceptionem, præterquàm in herede suo, vel qui ab intestato in emphyteusi vel in feudo esset alioquin successurus quòd alienatio ista hoc casu sit necessaria. Ex Aret. *in l. si potest* 18. *in fin. D. de acquir. hered.* sitque in successurum qui ex tenore primæ inuestituræ reperitur vocatus, vt supradicto loco Amedeus scribit, Addens ob hanc ipsam rationem idem dicendum esse in legatario qui sub prima inuestitura sit comprehensus. Puta si inuestituram quis acceperit pro se & heredibus, & successoribus, multò magis, si addita sit dictio, quæ vt plurimùm addi solet *quibuscunque*. Sic enim Salycet. etiam seclusa dictione *quibuscunque* ad *dict. l. vltim. colum.* 4. *vers. quæro an res.* Quod tamen alij sic intelligunt, vt successorum appellatione ita demùm legatarij contineantur si ex iis sint qui alioquin absque dispositione testatoris essent de vocatis puta ex descendentibus à primo inuestito ex Socino iuniore *consil.* 70. *volum.* 3. Apud nos quæstio hæc planè otiosa est. Habemus enim Statutum Ducale quo expressim cautum est, ne qua laudimia de bonis hereditariis debeantur, nec de legatis vel fideicommissis, nec de bonorum diuisione. Nec tamen desunt qui putent etiam citra statutum idem dici ex iuris ratione debuisse quantum ad heredis institutionem, inter quos fuit Ioannes quidam Raynaud. *in suo comprehens. feudor. §. habito numer.* 19. quem Amedeus supradicto loco refert, & cuius sententiam in tertiis quidem venditionibus omnino procedere admittit, sed in laudimiis non item, non dubitans quin de iure communi debeantur tam ex heredis institutione, quàm ex legato. Mihi nihil improbabilius dici posse videtur. Nam siue illorum sententiam sequamur, qui putant obligationem præstandi laudimij ex eo descendere quòd ante omnia consensus domini sit exquirendus vt rei emphyteuticariæ alienatio licitè fieri possit, siue aliorum, qui totam causam ad alienationem referunt, nulla certè ratio est propter quam laudimia ex heredis institutione vel ex legato vlla peti posse, fateri debeamus. Non illa quidem prior, quoniam absurdum esset dicere, Non aliter in bonis emphyteuticariis valere posse institutionem aut legatum quàm si priùs sit exquisitus & præstitus directi domini consensus. Cùm iuris ciuilis regula certissima sit à priscis illis temporibus iam olim constituta, Testamentorum iura per se firma esse ipsa oportere, non ex alieno arbitrio pendere *l. illa institutio* 32. *princip. D. de hered. institut.* iunct. *l. captatorias* 70. *eodem tit.* Itaque vel negandum est absolutè bona emphyteuticaria legari posse, quomodo de bonis feudalibus scriptum est in *Titul.* 9. *qualit. olim feud. alien. poter. §. donare.* Et *Tit.* 55. *de prohib. feud. alien. per Frider. vers. habito lib.* 2. *in vsib. feudor.* [quod etsi Doctorum plerique crediderunt, minùs tamen communiter probatum est si Iulio Claro credimus *in §. emphyteusis, quæst.* 15.] Vel fatendum est posse legari etiam irrequisito domino. Alia verò illa ratio quam plerique adferunt propter quam laudimia debeantur, ad alienationem relata, multò minùs ad casum nostrum pertinet. Quæ enim à testatore in heredem fit alienatio, non tam ab homine fit quàm à lege, nec tam voluntatis quàm iuris potestate, Nisi quòd in extraneis heredibus necessaria

est

est aditio, vt quis heres, id est dominus fiat *l.cùm heredes 23. D.de acquir. poss.* Cæterùm lex illa est quæ & hereditatem & heredem facit siue ex testamento, siue ab intestato *l.filiusfamilias 18.D.ad leg.Falcid.l.1.2. & 3. D.de hered. petit.l. lege obuenire 130. D. de verbor. signific.* Et consequenter cùm alienatio fiat ab ipsa lege, quamuis subsequente voluntatem testatoris cùm testamentum factum est, de lege potiùs quàm de testatore conqueri debet dominus directus, si quam iustam querelæ causam habeat, quòd ipsius consensus non fuerit exquisitus. Nec sanè verius dici quicquam potest quàm quod scio etiam veteribus placuisse, inter quos Petr. Iacob. quem citat Amedeus à Ponte, Ex nulla dominij translatione quæ ipso iure fiat posse deberi laudimium: Sicut neque ius prælationis domino directo aduersus heredem institutum competere vllum potest. Quid enim absurdius esset, quàm vt ob institutionem collatam in alium directus dominus inuaderet bona testatoris, atque ita supremum defuncti iudicium euerteret, qui heredem alium instituendo nihil minùs quàm de directo domino cogitauit? Nec quod remedij loco adferunt quidam interpretes, præsertim Iulius Clarus *dict. quæst.15. in fin.* vt bona defuncti per viros probos æstimari oporteat, eámque æstimationem à directo domino præstari, ne infructuosa sit heredi hereditas, aut legatario inutile legatum, huius iniuriæ potiùs quàm iuris iniquitatem potest corrigere. Ita enim semper fiet, vt ad extraneum bona defuncti perueniant contra ipsius voluntatem fortassis expressam, si quod plerunque fit, bonorum suorum alienationem heredi prohibuerit, vt ea perpetuò in familia remanerent. Deinde quis æquum putet, vt pro corporibus bonorum quæ ad heredem peruenire testator voluit, cogatur heres contentus esse æstimatione? An non hoc esset inuitum eum cogere vt res suas venderet, quod tamen iniustum semper esse lex ait, siue iustum, siue iniustum etiam & immodicum precium offeratur? *l.nec quasi 70.D.de rei vindic.l.non enim 9.D.de rer. amot.* Rursum an non etiam hoc esset supremi iudicij libertatem constringere, quæ semper amplianda potiùs est, restringenda numquam *l.cùm duobus 52.* aliàs *l.si fratres §.idem respondit societatem D.pro socio.* Fieret enim plerunque vt eo metu reuocaretur quis & deterreretur à consilio testandi, ne dum id ageret vt testamentarium aliquem haberet heredem hoc ipso directum dominum ad bona sua inuitaret, quem exosum fortassis iustissimè habuisset. Impugnat igitur hæc sententia publicam vtilitatem, quemadmodum de quadam Iuliani sententia Marcellus dicebat *in l.Iulianus 42.D.de acquir.hered.* Nec vnquam imputandum est testatori cur non potiùs intestatus decesserit *l.posthumus 6.§.1. D.de inoff. testam.* Quamquam si interpretibus credimus, nec prodesset quicquam defuncto, quod intestatus decessisset. Etsi enim admittunt, nulla per heredem ab intestato succedentem laudimia deberi, quod alienatio illa sit necessaria, Intelligunt tamen de eo herede qui ab intestato possit in emphyteusi vel in feudo ideò succedere quod ex tenore primæ inuestituræ vocatus reperiatur, vt Amedeus tractat *dict. quæst.31.* Atqui facilè fieri potest, vt successor intestati non sit agnatus proximus, nec de comprehensis in inuestitura. Quid enim si mater sit aut alius proximior ex linea materna, qui cognatus tantùm sit, non etiam agnatus? Nulla siquidem hodie quantum ad successionem intestati differentia est inter agnatos & cognatos *Nouell.118. De hered.ab intest.venient.* An fortè adhuc imputabimus patrifamilias, cur matrem legitimam heredem habere voluerit aut alium quemlibet proximiorem cognatum? Id sanè consequens omnino est huic interpretum traditioni, Aut fa-

teri eos necesse est, Numquam successorem intestati debiturum laudimia, nec si ex iis sit, qui in priore inuestitura comprehensi non fuerunt. Cùmque necessarium omnino sit aut testatum, aut intestatum decedere quemlibet, & ita, siue per testati, siue per intestati successionem bona sua in heredem aliquem alienare, Quis non videt omnimodo necessariam esse alienationem illam quæ per viam hereditatis à defuncto fit in heredẽ, ac proinde nullo casu posse deberi ab herede si verum est quod iidem interpretes volunt, & nos admittimus, numquam deberi ex necessaria? Etsi nec illud facilè possum admittere, vt alienatio quæ fit per viam successionis intestati necessaria videri debeat: Cùm in potestate sit cuiuslibet habentis testamenti factionem actiuam, vt testando intestati successores eludat, qui nec alio iure succedũt quoties nullum testamentum factum est, quàm quasi scripti, tacitóque defuncti iudicio ad hereditatem vocati *l.3.l.conficiuntur* 8.§.1.*D.de iur.codicill.l.ab exheredati* 126. *De legat*.1. Adeò vt si quis fundum non tantùm prohibitus sit alienare extra familiam, sed etiam in familia relinquere iussus fuerit, videatur fecisse contra voluntatem si se intestatum mori passus sit vt ab intestato heredem haberet eum qui non esset ex familia *l.penult.§.penult.De legat*.2. Sed quænam, obsecro, ista ratio est vt ex institutione heredis debeantur laudimia, quòd alienatio illa sit voluntaria, non debeantur autem ex successione intestati, quòd hæc sit necessaria? An non enim æquè necessarium est, vt quis testetur si nolit intestatus decedere, quàm vt intestatus decedat, si testari nolit? Deinde verò in persona heredis legitimi etiãsi sit ex agnatis, quænam alienationis necessitas est, cùm possit hereditatem, si velit, prætermittere? Nec enim quisquam inuitus fit heres extra causam necessariorum heredum, licèt inuito deferatur hereditas. Quod verò ad necessarios suósque heredes pertinet, æquè mihi absurdum esse videtur, vt ob id solùm à præstandis laudimiis sint immunes, quòd in eorum persona sit hæc alienatio necessaria. Etsi enim ipso iure existunt, apparéntq; heredes, ita vt nec aditio in iis vlla requiratur *l.in suis* 14.*D.de suis & legit.* nec hereditas vlla esse videatur *l. in suis* 11.*D.de liber.& posthum.* cùm tamen habeant beneficium abstẽtionis per quod in effectu tantùm consequuntur, quantum si heredes non essent, sitque in eorum arbitrio vt vel abstineant vel non abstineant *l. ei qui* 12. *l. necessariis* 57. *& pass.D.de acquir.hered.l.etsi* 6. *§.si filius de bon. liber t.l.ex contractu* 44. *D.de rei iudic.* quis non admittat etiam in personis suorum heredum esse hanc alienationem planè voluntariam? Nam & cæteris heredibus, qui tantùm necessarij sunt non etiam sui ferè idem obtinet, cùm licèt beneficium non habeant abstentionis, habeant tamen separationis si modò nihil attigerint hereditarium *l.1.§.vltim.D.de separat.* quamuis non eò minùs sint & maneant effectu ipso heredes quantum ad bona quæ à defuncto ad eos peruenerunt. Quo solo respectu admitto posse hanc alienationem dici necessariam, sed aliam prætereà nullam quæ fiat per viam successionis. At neque potest dici necessaria, nisi ex parte heredum necessariorum. Non etiam ex parte testatoris quia nemo inuitus necessarium heredem habere cogitur *l.potest* 36.*D.de vulg.& pupill.substit.* Ne quidem suum, siue quòd etiam sui heredes possint exheredari *d.l.in suis* 11.*De lib.& post.* Siue quod tùm quoque cùm non exheredantur nulla subsistente satis iusta exheredationis causa, possint institui sub condicione potestatiua dummodò in defectum condicionis exheredentur *l.suus quoque* 4.*D.de hered.instit.* Quo casu fiunt vtiq; ex necessariis heredibus voluntarij, queádmodum si apertiùs filium quis suum sub hac condicione *si volet* heredem instituisset *l.verba hac* 12. *D.de condit.*

condic.instit. Nulla igitur est ex omnibus istis alienationibus quæ absolutè dici possit necessaria. Proinde vel nullo penitus vel omni prorsus casu dicendum est ex hereditaria siue testati, siue intestati successione laudimia deberi. In legatis verò, res multò apertior est, cùm alienatio quæ fit ex causa legati per vindicationem relicti adeò solam legis potestatem pro causa proxima & immediata habeat, vt dominium rei legatæ transeat recta via à testatore in legatarium, numquam factum heredis *l.legatum* 80.*De legat.*2.& acquiratur legatario etiam dormienti & ignoranti *l.cùm pater* 77. *§.surdo eod.quamuis non inuito l.si tibi homo* 86.*§.cùm seruus De legat.*1.*l.quædam* 15.*D.de reb dub.* Vt intelligamus non magis esse necessariam hanc quoque alienationem, quàm cæteras, de quibus diximus quæ fiunt per speciem vltimæ voluntatis. Ideò autem loquor de legatis per vindicationem relictis, quia iuris veteris ratio ita faciebat, vt id legatorum genus in eo, quemadmodum in aliis multis differret à cæteris, Teste Caio, itémque Vlpiano *in Instit.* Hodie tamen in omnibus idem iuris est, postquàm Iustiniano placuit vt omnium legatorum vna, eadémque natura sit, & ex omnibus vindicatio competat *l.*1.*Cod.commun. de legat.* quæ res translationem & acquisitionem dominij præsupponit in necessarium antecedens, cùm non alij possit vindicatio competere quàm domino *l.in rem* 23. *& pass. D.de rei vindic.l. Quintus* 27.*§.argento D.de aur.& argent.legat.* Scio plerisque Sabaudię nostræ locis, vt apud Maurianenses in vsu esse vt dominis directis ad mutationem cuiuslibet domini vtilis aliquid præstetur quod illi *placitum* vocant, Gallicè *le plait*, siue mutatio illa contingat per mortem, siue per aliam speciem alienationis quæ facta sit inter viuos. Adeóque interdum etiamsi solius directi domini persona mutetur. Sed id fit, aut ex conuentione aliqua, aut ex consuetudine, quæ nihil commune habet cum iuris ratione, de qua disputamus.

ERROR QVARTVS.

An ex pignore laudimium debeatur.

ABSVRDVM à bonis Iureconsultis videri possit hæc quæstio, Cùm sit iuris certissimi ex causa pignoris nullam fieri alienationem, cùm per eam non transferatur dominium, sed sola possessio si pignus proprium contractum sit, non hypotheca *l. cùm fortis* 35. *§.*1.*D.de pignor.act.l.pignori* 13. *D.de vsucap.* quamuis per causam pignoris aut potiùs per occasionem perueniatur interdum ad alienationem pro eo iure quod habet creditor pignoris distrahendi *l. qui à creditore* 18. *& pass. Cod. de distract. pignor.* Vnde factum videtur quod Iustinianus constituit *in l.vltim.C.de reb.alien.non alienand.* vt prohibita siue per legem, siue per hominem alienatione pignoris quoque datio prohibita esse intelligatur. Quomodo iam olim ex oratione Diui Marci, & Senatuscõsulto ad eam facto oppigneratio suburbanorum vel rusticorum prædiorum minoris perinde interdicta erat, atq; alienatio *l.*1.*l.si pupillorũ* 7.*§.& seqq. De reb.eor.qui sub tut.* Sed aliud est alienare, aliud verò alienãdi viam & rationẽ quærere aduersus prohibitionẽ alienationis. Prohibita namq; alienatione censentur prohibita quoq; omnia, per

quæ alienãdi ratio aliqua inueniretur *l. magis puto* 5. *§. si pupillus eo.tit.* quia prohibito aliquo fine, censentur prohibita etiam omnia ad illum finem tendentia ne quod directè fieri prohibitum est, per indirectum permittatur *l. scire oportet* 21. *§.* 1. *D. de legit. tutor.* At non ideò consequens est, vt cùm de alienatione permissa tractatur, vt putà cùm de laudimiis agitur, alienationis appellatione comprehendantur omnia quæ prohibita alienatione etiam prohibita censerentur: Quia nihil est quod in casu permissæ alienationis facere debeat, vt alienare videatur is qui dat pignori, quomodo è contrario alienatione prohibita pignoris quoque datio prohibita intelligitur, Non quia sit alienatio, vt dixi, sed ne inuenta sit alienandi ratio contra prohibitionem, cùm per constitutionem pignoris etiam ad alienationem tandem perueniatur, vt dixi. Certum igitur est etiam apud interpretes, Laudimia quæ ex præcedentis alienationis causa debentur, ex pignoris datione deberi nulla posse, Cùm vt toties in hoc tractatu diximus, ea demùm alienatio dicenda sit per quam proprietas, & dominium transfertur *l.* 1. *Cod. de fund. dotal. l. alienationis* 28. *l. alienatum* 67. *De verbor. signific.* Hánceque conclusionem probari video ab interpretibus non minùs in feudo, quàm in emphyteusi, licèt inter feudum & emphyteusim hac parte differentia illa sit quòd feudum pignori dari non potest irrequisito domino: At emphyteusis potest, vt ex communi nostrorum sententia concludit Amedeus *quæst.* 33. post glos. & DD. *in cap.* 1. *De alien. feud.* & Ias. *in l. vltim. numer.* 78. *Cod. de iur. emphyt.* Sed tamen dubitandi & aliter atque aliter distinguendi causam plerisque interpretibus dedit, quod sæpè ac sæpiùs huiusmodi contractus pignorum contrahuntur in fraudem domini directi ab iis qui potiùs id agunt, vt venditio emptióque contrahatur. Cuius fraudis materia & occasio inde proficiscitur, quòd contractus pignoris eo saltem casu quo antichresim permixtam habeat, quod plerumque fit, proximè accedat ad contractum venditionis factæ sub pacto de retrouendendo: Quandoquidem vtroque casu & possessor fit, fructúsque lucratur is qui rem accipit, & redhibendi ac recuperandi spem retinet is, qui tradit, restituta scilicet ea pecunia quæ siue pro venditionis precio, siue debiti nomine accepta fuit: Vt proinde si rei effectum inspicias potiùs quàm modum contrahendi, parùm referre videatur an vendas mihi fundum certo precio sub pacto de retrouendendo, an mihi des in antichresim pro eadem quantitate. Indéque primùm distinguendi occasionem sumunt interpretes, mox errandi. Prima autem quæ ab iis adhibetur distinctio illa est, An res feudalis vel emphyteuticaria pignorata sit pro æquiualenti precio rei, vt verisimiliter nulla sit spes luitionis, an pro minore. Vt priore casu non sit permittenda oppigneratio sine consensu domini, & ideò laudimium ex huiusmodi contractu pignoris, quasi in fraudem laudimiorum facto debeatur. Ex Baldo *in dict. l. fin. Cod. de reb. alien. non alienand. & in cap.* 1. *in princip Notab.* 1. *De prohib. feud. alien.* per Federic. & Alex. *consil.* 169. *in fin. volum.* 6. Per text. *in l. qui habebat* 101. *De leg.* 3. Alia distinctio est, An oppignerationem secuta sit actualis traditio necne. Vt si secuta sit, venditio magis contracta esse videatur quàm pignus. Ita enim Afflictus *ad dict. cap.* 1. *numer.* 42. *&* 46. & distinctionem hanc rationabilem videri ait Amedeus *dict. quæst.* 33. & à Senatu Pedemontano comprobatam. Per *text. in Tit.* 5. *Quib. mod. feud. amitt. lib.* 1. *vers. aut si libellario*, Et per Alex. *in l.* 1. *§. per seruum corporaliter circ. fin. De acquir. possess.* Tertia distinctio & quæ omnium probabilissima videri possit, An is cui pignus datum est fructus percipiat

cipiat

cipiat quos alioquin suos non faceret, inquit Amedeus, nisi ex translatione dominij. Quasi hoc casu dubitandum proinde non sit quin id actum sit inter contrahentes vt dominium transferretur, velut in necessarium antecedens: quo præsupposito, consequens necessariò est vt laudimium debeatur. Ego, quod pace tantorum virorum dixerim, omnes istas distinctiones inanes ac nugatorias esse arbitror. Et generaliter concludo, Numquam ex contractu pignoris laudimia deberi, nisi fraudis consilium probetur, simulatione contractus probata, & quod id egerint contrahentes vt sub pignoris nomine venditio contraheretur. Hæc enim necessariò subiicienda est exceptio quia numquam fraus impunita esse debet in ea re præsertim quæ tam multis fraudibus obnoxia est, Cùm nemo nesciat id passim agere feudatarios & emphyteutas quantùm possunt vt vndequaque coloribus quæsitis dominos directos fraudent suis iuribus, præsertim quantum ad laudimiorum præstationem. Sed non ideò fit consequens vt quisquis fraudem comminisci potuit, statim voluisse ac fecisse credendus sit, quandoquidem à posse ad esse non valet argumentum, vt aiunt philosophi: Quod Doctores nostri sic exprimunt vt dicant, Probationes non debere à possibili concludere, sed à necessario *l. vltim. Cod. vnd. legit. l. neque natales* 10. *& leg. non epistolis Cod. de probat.* Atqui constat contractum pignoris licitum esse nec prohibitum in emphyteusi etiam irrequisito domino, vt præfati sumus, & aliter pignora contrahi, aliter venditiones, vt Vlpianus ratiocinatur *in l. sciendum* 63. *D. de ædilit. edict.* quemadmodum & aliter venditiones quæ fiunt sub pacto de retrouendendo. Aliter verò antichreses, quæ nihil aliud sunt quàm pignora eo pacto data, vt liceat creditori frui pignore in vicem legitimarum vsurarum *l. si is qui* 11. *§.* 1. *D. de pignor. l. si pecuniam* 33. *D. de pignorat. action.* Non ergo statim atque contracta est antichresis, dicendum est contractum eam esse in fraudem domini directi, & in vicem pacti de retrouendendo, sicuti nec in dubio præsumenda est facta esse in fraudem legitimarum vsurarum, quamuis natura contractus ad hoc longè sit procliuior *l. si ea pactione* 14. *Cod. de vsur.* Sed fraus omnimodo probanda est, & quidem aliter quàm ex fructuum perceptione sola. Nam probanda est fructuum quantitas immodica, vt probari possit facta antichresis in fraudem legitimarum vsurarum *dict. l. si ea pactione.* Et similiter probanda est intentio contrahentium, quòd voluerint vendere & emere sub pacto de retrouendendo, vt antichresis possit dici facta in fraudem laudimiorum. Alioqui statim inducetur fœda & nominum & rerum confusio si contractum pignoris & antichresim pro ea venditione accipiamus, quæ facta sit sub pacto de retrouendendo. Præsertim cùm è contrario, Pactum de retrouendendo adeò sit suspectum apud interpretes, vt venditionem quæ sub eo pacto facta est plerique interpretum habeant pro contractu simulato & pignoratitio antichrestico si qua læsio dum ne modica interuenerit. Quamuis Senatus noster aliorum sententiam magis probare soleat qui exigunt præterea fœnerandi consuetudinem in emptorē, vt in Codice nostro scripsimus. Ita fiet circulus & circuitus perpetuus si & venditionem factam sub pacto de retrouendendo habeamus pro antichresi, & vicissim ipsam antichresim pro venditione facta sub pacto de retrouendendo. Sed & ratio illa falsa est, qua mouentur nostri vt antichresim habeant pro contractu suspecto & in laudimiorum fraudem facto, quod non possit creditor fructus suos facere quos ex pignore percipit, nisi per mediam translationem dominij. Etsi enim verum est regulariter fructus non

percipi nec acquiri nisi iure soli *d.l.qui scit* 25.*§.*1. *D.de vsur.* Non est tamen id perpetuum. Alioqui nec bonæ fidei possessor fructus suos vnquam faceret cùm non sit dominus soli, nec vsufructuarius, nec conductor. Quæ tamen omnia falsa sunt *l.si fructuarius* 13. *D.quib.mod.vsufr.amitt.leg.bonæ fidei* 48. *De acquir.rer. domin.l.si seruus* 61. *§.locaui de furt.* Nimirum ad fructuum acquisitionem sufficit, quòd percepti sint ex domini voluntate, vt scriptum est *in dict.§.locaui.* Percipit autem ex domini voluntate non minùs creditor cui pignus traditum est, quàm fructuarius & conductor cùm rem obligatam ab ipso creditore ac per ipsius manus acceperit. Ideóque facit suos fructus creditor pignoratitius tùm quoque cùm nulla antichresis contracta est nec de fructibus percipiendis quicquam conuenit, sed hac tamen differentia, quòd ita suos eos facit, vt tamen ipsos non lucretur, sed perceptos cogatur in sortem imputare, vt ait *l.*1.2.*& alias passi.Cod.de pignorat.act.* quod antichresi contracta diuersum est, quippe quæ facit vt fructus lucretur creditor nec eos in sortem imputet, quoties licita est. Inde namque nomen suum sumpsit antichresis quod sit quædam velut contrafruitio, Vt dum fruitur debitor pecunia creditoris vicissim ac vsurarum loco fruatur creditor pignore, & re debitoris. Quemadmodum alio loco scripsimus, Bonæ fidei possessorem percipiendo facere fructus suos & quidem statim atque à solo separati sunt *dict.l.bona fides & dict.l.si fructuarius*, Sed tamen non priùs eos lucrari quàm vel consumpserit, vel vsucæperit *l.*4.*§.post litem D.fin. regund.* iunct. *l.*4.*§.lana D.de vsucap.l.certum* 22. *Cod. de rei vindic.* Proinde illa quoque distinctio superuacua est, An rei pignoratæ traditio actualis facta sit, necne, Quia pignoris natura illa est, vt requirat actualem rei obligatæ traditionem, aut eam saltem, quæ fiat per clausulam constituti, Cùm sit ex eorum contractuũ genere qui re contrahuntur *§.creditor Instit.quib.mod.re contr.oblig.* iunct. *l.*1.*§. creditor quoque D.de oblig.& act.l.si rem* 9.*§.propriè & dict.l.cùm & sortus* 35. *§.*1. *De pignorat.act.* in eóque maximè differt pignus ab hypotheca *dict.§.propriè*, licèt quantum ad formulam hypothecariam non differant, *l.*5.*§.*1.*D.de pignor.* Sed neque distinctio illa placere potest an pignus datum sit pro debito, quod æquipolleat iusto rei precio, an non. Etsi enim ita ferè obseruari solet vt pignus sit maioris æstimationis, quo magis cautum sit creditori [quæ præcipua vel potiùs vnica pignoris dandi causa est *l.si mandatu* 59.*§.vltim.D.mandat. l.*4. *§. addici D.de fideic.libert.*] nihil tamen vetat dari pignori rem æquiualentem, adeóque etiam quæ sit minoris æstimationis si quando ita conuenerit, Neque enim tam alienum illud est à natura pignoris, vt non facilè hanc patiatur conuentionem. Nec verum est eo casu videri pignus venditum aut datum in solutum, quasi nulla spe reliqua luitionis. An enim pignus eò minùs lui potest, quod pro æquiualenti precio sit obligatum? An non illa saltem luendi vtilitas superest debitori quod luendo rem suam recuperaturus sit sit fortè malit eam habere quàm pecuniam, Puta quod aliquam iustam habeat causam & affectionem ad rem retinendam, quam nec iusto nec iniusto precio venditã vellet, vt *in l.si in emptionem* 35. *D.de minor.l.*1.*§.& aliàs videamus D.si quid in fraud.patron.l.lex qua tutores* 22. *Cod.de admin.tutor.* Denique nemo dixerit rem pignori datam pro æquiualenti summa eo magis alienatam videri, quàuis nulla luitionis vtilitas sperari posset, Quia certi sunt, & legitimi modi transferendi dominij. Inter quos hic non est, vt pignus pro summa æquiualenti detur, Sempérque remanet pignus in dominio debitoris, quandiu ius dominij impetratum non est à creditore secundum formam à Iustiniano præscriptã *in l.vlt.C.de iur.domin.impetr.* Generaliter igitur ve-

tur verum est quod defendimus, Nũquam ex causa pignoris deberi laudimium quòd ex ea nullo penitus casu dominium transferatur, Cùm non sit titulus habilis ad inducendam dominij translationem nec si millies actualis traditio secuta proponatur *l. numquam 31. D. de acquir. rer. dom.* iunct. *d. l. pignori 13. D. de vsucap. d. §. propriè & d. l. cum & fortis §. 1.* Si modò venditioni factæ sub pacto de retrouendendo color pignoris quæsitus sit. Tunc enim venditio potiùs contracta videri debet, vt plus valeat quod verè actum, quàm quod simulatè conceptum fuit: Cùm tamen apud nos directi domini pleriq; omnes conquererentur quod per emphyteutarum fraudem passim contractus pignorum per antichresim fierent, venditiones verò iam ferè nullæ, Placuit edicto Serenissimi Ducis nostri nouum ius induci, vt etiam ex eiusmodi contractibus si antichresis per decennium durauerit, laudimia ex decennij præteriti die debeantur. Quod tamẽ ipsis edicti verbis ad futuras antichreses restrictum est ne quis fortè ius nouum & à legibus nostris alienum ad præteritas quoque vellet extendere, nec si per decẽnium ab edicti publicati die durasse proponerentur. Idque nonnullis etiam Senatus nostri decretis ita interpretatum est.

ERROR QVINTVS.

De locatione ad longum tempus, & an laudimium ex ea debeatur.

PERINDE absurda videri possit hæc quæstio atque illa de qua proximè diximus apud eos qui omnia æstimant ex mera, veráque iuris ratione. Tam enim certum est ex locatione dominiũ transferri non posse quàm ex pignore cùm neuter titulus habilis sit ad trãsferẽdum dominium *l. non solet 39. D. locat.* vbi quod dicitur non solere locationem dominium mutare, non ita accipiendum est quasi aliquo casu mutet, sed sic potiùs vt nullo casu possit mutare: Cùm ne quidem possessionem transferat, quia conductor non sibi sed domino possidet *l. 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* quamuis in possessione illum esse necesse sit, vt re conducta frui possit. Sed aliud nimirum est possidere, aliud esse in possessione *l. si quis ante 10. D. de acquir. poss.* In eóq; melior condicio est creditoris pignoratitij quàm conductoris. Creditor enim etsi æquè scit rem alienã se possidere *l. pignori 13. D. de vsucap.* sibi tamẽ non debitori possidet quod ad omnia, præterquàm quod ad causam vsucapionis *l. serui nomine 16. eod. tit.* Conductor verò in possessione tantùm est, fruendi dũtaxat gratia, eóque nomine præstat pensionem domino, qui per eam pensionis perceptionẽ non tantùm rei suæ possessionem retinere, sed etiã re ipsa frui intelligitur *l. non vtitur 38. cum seq. D. de vsufr.* Vnde illud etiam est quod creditores pignoratitij tanquam verè possidentes habent interdictum Vti possidetis, quod non habent conductores & cæteri qui tantùm sunt in possessione *l. 3. §. creditores D. vti possid.* iunct. *l. officium 9. D. de rei vindic.* Ergo si ex causa pignoris laudimium numquam debetur vt superiore capite disputauimus, multò magis dicendum est ex conductione nullũ deberi: Adeò vt nec fortassis in locatione adhibenda sit illa exceptio, quam in pignore antichrestico adhibuimus, Nisi in fraudem domini directi ac laudimiorum facta locatio proponatur. Non enim video qua ratione vel arte possit per locationem fraus fieri laudimio, vel quonam demùm casu possit locatio

euadere in alienationem, cùm nullum ius cōductor habeat percipiendorū fructuum, nisi beneficio pensionis quam locatori annuam soluit, vt ex pensionis solutione appareat locationem durare, quæ porrò cū acquisitione dominij non potest consistere *l. neque pignus 45. De reg. iur.* Vnde est, quod nec si per triginta vel quadraginta annos durauerit, vlla tamen conductori potest competere præscriptio, nec magis triginta vel quadraginta quàm decem annorum *d. l. 2. Cod. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Atque ita interpretes quoque omnes sentiunt in locatione quæ facta sit ad breue tempus, id est quod sit breuius decēnio, tametsi sæpius renouata fuerit, atque ita per plures annos durauerit. Et eo sensu admittunt procedere omnia, quæ modò diximus. Sed in locatione facta ad longum tempus non minùs decennio, aliud esse volunt magis communiter, vt eiusmodi locatio species quædam sit alienationis, ex qua proinde laudimium debeatur. Sic enim ex communione nostrorum sententia cōcludit Amedeus noster *Quæst. laudim.* 34. ne authores hîc omnes congeram, quos ille refert contra Boer. *quæst.* 234. & alios ibid. citatos. Ratio vnica, quā omnes adferunt, illa est quòd per huiusmodi locationem transferatur ius in re, & vtilis in rem actio conductori acquiratur, *Ex l. vlt. D. si ager vectig. vel emphyt. petat. & l. 1. §. quod ait D. de superfic.* Quibus tamen locis non simpliciter de conductione agitur, quæ facta sit ad longum tēpus, de qua nunc loquimur, sed de fundo vectigali, vel emphyteuticario, vel superficiario qui locatus sit vel in perpetuum, vel saltem ad nō modicum tempus non solùm constituta certa pensione annua, sed illa etiam lege adiecta vt quandiu vectigal aut pensio soluetur non possit dominus rem aufferre cōductori, vt scriptum est *in l. 1. D. si ager vectig.* Hæc enim pactio illa est, quæ ius in re & in rē præbet conductori, propter ius retentionis quod ei tribuit, vt inuito etiam domino possit rem sibi retinere: quod in cæteris vulgaribus & ordinariis conductionibus diuersum est. Ex qua *l. 1.* supplendum est quod scribit Paulus *in l. id est 74. D. de rei vindic.* Superficiarium eum esse qui in alieno solo superficiem ita habet vt certam pensionem præstet, nimirum eo prætereà concurrente, vt quādiu pensio præstabitur, aufferri ei res à domino non possit, Alioqui simplex erit conductor superficiei, non etiam superficiarius. Accedit enim proximè ius superficiei ad ius vectigale aut emphyteuticum, Sicut & vtrumque ius hoc vectigale & emphyteuticarium proximè accedit ad locationem, Ita vt dubitatum olim fuerit apud ipsos etiam prudentes an emphyteusis esset locatio, vt Iustinianus refert *in §. adeò Inst. de locat. & conduct.* Nempe propter magnam similitudinem quam habet id genus contractus cum locatione. Sed tamē quoniā habet etiam pleraque differentia, nec minùs proximè accedit ad venditionem, vel ob id maximè quod alienationis speciem quandam continet, cùm faciat vt ab inuito possessore dominus auocare rem non possit. Ideóq; bene placuit nouum hoc esse & tertium genus contractus à locatione ac venditione distinctum: A quo proinde nihil inferri potest ad locationem quādoquidem, vt est in vulgari nostrorū brocardico non benè à separatis infertur *vulg. l. Papinianus 20. D. ex quib. caus. maior.* Nam si poneres locationem non modò ad longum tempus factam esse, sed hoc etiam addito vt quandiu soluetur pensio nō possit locator rē suam à conductore auocare, iam erit emphyteusis non locatio, & hoc demùm casu admittam & habiturum conductorem ius in re, & per consequens laudimia debiturum quæ ex emptione aut alia qualibet alienatione debuisset. Nā & emphyteusis species proculdubio quædam est alienationis *l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Non eo sensu quo in eadem lege dicitur etiam pignoris dationem alie-
natio-

nationis nomine contineri,quippe quòd per eam ad alienationem perueniatur vt superiore capite explicauimus, sed per se & absolutè,quia quisquis rem accipit in emphyteusim iam inde ab initio totum ius suum nanciscitur rei in perpetuum etiam inuito domino retinendæ,nec si per mille annos rem retineat plus iuris sibi acquirere vnquam potest, quamuis ex variis causis & pluribus casibus amittere rem possit *l.vlt.C.de iur.emphyt*. Neque tamen hoc volo sic accipi, vt putem cum interpretibus in conductorem & possessorem fundi vectigalis aut emphyteuticarij dominium vtile transferri.Semper enim negaui & negabo,aliquod esse dominium vtile quod separari à directo possit , sed quia vix est vt nō alienatum quodammodo videri debeat id quod neque dominus vindicare vnquam possit neque possessor inuitus cogi vt domino restituat propter ius illud quod habet, vt diximus, retentionis. Qua de causa videtur Tribonianus, licèt propriè loquendi parum studiosus *in d.l.vlt.C.de iur.emphyt*.cùm de venditione per emphyteutam facta loquitur, nō ita loqui vt dicat emphyteutam rem ipsam vendere aut in alium trāsferre sed emphyteusim tantùm,id est meliorationes in rem alienam factas,& ius suum emphyteuticum , Vt doceat rem ipsam emphyteuticariam,quia non est emphyteutę nec alienari ab eo nec transferri posse,sed tantùm à domino directo,tanquam qui solus sit dominus rei.Habet tamen vtilem actionem in rem.Fateor, quam scilicet dat Prætor ex æquitate non ex legibus: neque ex iuris ciuilis ratione,Ob idque appellatur vtilis,& dicitur à Paulo *in l.tutor 16 §.1.De pignor.act*.vbi quod scriptum est , superficiario dari vtiles actiones hodie,satis ostendit neque olim datas fuisse,neque dari hodie ex natura & vi ac potestate contractus,sed ex mera æquitate,& indulgentia Prætoris.Nēpe quia rem illam habet in bonis suis,ob idque habet eum Prætor pro domino bonitario, quod sufficit vt det illi vtilem actionem in rem, vt cernere etiam est in Publiciana quam idem Prætor dat ei qui in cursu tātùm vsucapiendi est, necdum vsucepit tanquam habenti rem in bonis licèt iure ciuili nullomodo sit eius dominus *l.1.& pass.D.de Public.in rem act.& §.namque* *Instit.de action*. Non est igitur bona illa interpretum collectio, vt quia cōductor ad longum tempus habet aliquod ius in re,& ob id actionem in rem habendus tamen sit pro domino saltem vtili:quia non omne ius in re aut in rem parit dominium,Alioqui etiam creditor pignoratitius dicendus esset dominus saltem vtilis,cùm negari nō possit, quin habeat ius in re quandoquidem certissimum est vinculo pignoris rem ipsam affici,non personam *l.pignoris 17.D.de pignor.l.pignoris 15. C.eod*. Sed neq; verum est cuilibet conductori ad longum tempus competere ius in re, aut tam generaliter interpretandum esse quod ait *d.l.vltim. si ager vectig*. vt de quolibet conductore ad longum tempus intelligatur. De illo enim solo intelligi debet, qui prætereà ex conuentione ius illud habet vt quandiu pensionem soluet, non possit ei res aufferri.Qua pactione interueniente vereor ne idem sit dicendum, etiamsi conductio non ad longum tempus facta proponatur. Cùm *in d.l.fin.* nō adhibeatur hæc distinctio, quam desumunt,& supplent interpretes *ex dict.l.1.§. quod ait D.de superfic*. quo tamen loco non de conductore fundi agitur, de quo *in d.l.vlt*.sed tantùm de condūctore superficiei, quem tantò minùs iuris habere æquū est quantò minùs est habere ius in superficie,quàm in fundo ipso. Vt difficilior sit Prætor in danda actione aliqua vtili,superficiario,quàm ei qui fundū habet vectigalem,vel emphyteuticarium:Nam in his non distinguit, an conduxerint fundum vectigalem vel emphyteuticarium in longum tempus,an in breuius;quomodo distinguit in superficiario *d.§.quod ait*.Et superficiarium minus

iuris hac parte habere quàm cæteros, ex eo quoque apparet, quod Prætor edicto suo speciale interdictum superficiario proposuit. De quo *in Tit. de superfic. & in l. Aquilius 27. D. de donat.* secundum eam loci illius emendationem, quã in præcedentibus attulimus, cùm docuimus pro *fructuario* legendum ibi esse *superficiario.* Quo interdicto vtilem quoq; actionem De superficie causa cognita daturum se Prætor pollicitus est, qui tamen de cæteris ius aliquod in re habentibus nihil nominatim edixit, nec interdictum aliquod speciale proposuit, contentus sola rei æquitate, & suæ iurisdictionis potestate. Multa enim facit Prætor pro sua iurisdictione citra edictum: Sicut & multa sunt quæ authoritatem edicti exigunt, vt ea Prætor facere possit. Ergo non illud tantùm inspiciendum est, quod vnum inspiciunt interpretes, an locatio facta sit ad longum tempus, sed hoc potissimùm, an facta sit eo pacto adiecto, vt quandiu pensio soluetur possit conductor rem retinere. Quòd si neque pactio hæc sufficit in superficiario, nisi etiam illud concurrat vt superficiem ad longum tempus conduxerit, Quantò magis dicendum est in cæteris conductoribus qui minus iuris habent, quàm superficiarius in eo quod eiusmodi conuentione non nituntur, nihil eis prodesse debere quod ad longum tempus conduxerint: siquidem plus potest ista pactio ad rem afficiendam, quàm longi temporis ratio. Nam si tempus per se non est modus tollendæ aut inducendæ obligationis personalis *l. obligationum ferè 44. §. placet De verb. obligat.* ita vt ne quidem possessio longi temporis coniuncta cum titulo & bona fide dominium vllum posset tribuere, sed tantùm præscriptionem & exceptionem *Tot. tit. Cod. de præscript. long. temp. l. præscriptio 45. in princip. D. de vsucap.* Quantò minùs poterit esse modus per se acquirendi, vel amittendi dominij? Quòd si ponas ita factum esse locationem, vt quandiu pensio soluetur, non possit res aufferri conductori siue ad longum siue ad breue tempus facta sit, iam non erit simplex locatio, sed in alium degenerabit contractum, fiérque ex locatione emphyteusis, quoniam & ad tempus cõstitui emphyteusis potest, licèt in fundis vectigalibus aliud sit quos necesse est in perpetuũ fruendos dari *d. l. 1. in princip. si ager vectig.* Emphyteusis enim omnes formas & conuentiones admittit quæ contrahentibus placent, nec aliam habet naturam, quàm quæ certis conuentionibus constituta est *l. 1. C. de iur. emphyt.* Cęterùm citra emphyteusim non potest in locatione communi valere conuentio vt nõ liceat domino eodémque locatori rem suam à conductore auocare *l. cùm precario 12. D. de precar.* egrediturq; ea res notissimos locationis terminos, vt loquitur *l. Lucius 24. D. deposit.* Ex quo intelligimus, cõtractum locationis minus capacem esse fraudis comminiscendæ aduersus dominum directum, quàm sit cõtractus pignoris, Quoniam in antichresi valde suspecta est illa pactio, si conueniat inter debitorem & creditorem, vt ante certum tempus lui pignus nõ possit: Debet enim libera esse debitori luitio pignoris non solùm ne antichresis in fraudem legitimarum vsurarum facta esse videatur, in quo Theologi quoque cũ interpretibus nostris consentiunt, sed etiam ne quid in fraudem domini directi, & laudimiorum excogitatum dici possit. Et ad has demùm antichreses, id est sic factas vt non liceat debitori pignus luere ante certum tempus, putabam ego restringendum ius illud nouum quod edicto Principis nostri inductũ diximus, De laudimiis ex contractu antichrestico post decennium soluendis quòd solæ illæ sint suspectæ, & ad venditiones propiùs accedant. Pluribus tamen placuit, tandémque obtinuit contraria sententia, vt in qualibet antichresi etiam quæ liberè lui posset idem iuris constitueretur.

ERROR SEXTVS.

De moderatione laudimij ex locatione ad longum tempus facta debiti. Et de venditione fructuum & de constitutione vsusfructus.

QVI defendunt ex locatione ad decennium facta laudimiũ deberi tãquam ex alienatione, in eo maximè laborãt, & laborandũ habẽt. Ad quam vsque quãtitatem laudimium æstimari hoc casu debeat. Et fateri fãdẽ cogũtur ratam esse moderandã arbitrio iudicis vt concludit Amedeus à Ponte *quæst.* 34. Nã quod Iustinianus constituit *in l. vlt. C. de iur. emphyt.* vt sit quinquagesima precij, certum est ad hunc casum aptari non posse. Cùm neq; preciũ vllũ sit in locatione, neque integri decennij pensiones possint æquiualere vero rei precio, vt manifestissimum est. At neque rursus potest, in hoc casu remedium illud induci, quod in aliis contractibus alienationum quæ precium nullũ habent inducere solemus, vt in permutationibus, donationibus, & dotibus. Vt scilicet res alienata æstimetur, & pro laudimio quinquagesima pars æstimationis præstetur, aut alia portio quanta laudimiorum nomine ex loci consuetudine præstãda est, Iuri siquidem scripto hac parte derogatum est generali locorum ferè omnium consuetudine, nec vspiam gentium, quod sciam quinquagesimæ vllus amplius vsus est. Quis enim æquum putet, vt locata res æstimetur, & ex æstimationis comparatione quinquagesima sumatur: Cùm is qui rem suam locat certis pensionibus non id agat vt rem suam aut ipse æstimet, aut ab aliis æstimari velit, sed tantùm vt rei suæ fructus annuos tanti faciat quanti pensio est in singulos annos constituta. Qua ratione fatendum sanè est locationem accedere propiùs ad fructuum venditionem, licèt ab ea in plerisque differat vt alio loco docuimus: Sed ex hoc ipso intelligimus tantò magis distare locationem à venditione rei, quantò distat longiùs res ipsa à fructibus, & precium rei à precio fructuum. Idque nec diffitentur ij ipsi interpretes, qui contra nos sentiunt, Fatentur enim, quod & verissimum est, ex venditione fructuum, quanticumque temporis illa sit laudimia nulla deberi, quòd ex ea, inquiunt, nullum ius in re, nec in rem transferatur, vt ex Aluaroti & veterum omnium sententia scribit Amedeus *d. ct. quæst.* 34. Licet subiiciat aliter pronunciatum fuisse à Senatu Pedemontano, vt etiam ex fructuum venditione vltra nouennium facta laudimium debeatur. Quod tamen mihi prorsus improbabile videtur nec minus ab interpretum traditionibus, quàm à iuris ratione alienum. Et tamen apertissimum est propiùs accedere venditionem fructuum ad ipsius rei venditionem quàm accedat locatio, Quoniam licèt locatio sit rei nõ fructuum, nihil tamen in conductorem transfert nisi commodum & emolumentum percipiendorũ fructuum, Vt proinde duplici extensione aut potiùs cõuersione opus sit ad trãsmutandam locationem quantumuis longi temporis in alienationem, Vna est vt ex locatione fiat venditio, Altera vt venditio fructuũ fiat vẽditio rei, quæ tamen posterior multò facilior est, quàm prior. Cùm nõ fiat de vna specie ad aliã speciem contractus, sed tãtùm de vna cõtractus materia ad aliã eiusdem contractus materiam. Aliter namque venditiones cõtrahũtur, aliter locationes *l. sciendum* 63. *D. de ædilit. edict.* Nõ etiam aliter venditio rei, aliter venditio fructuũ, quãuis aliæ atque aliæ sint cõuentiones *l. in ædibus* 9. *§.* 1. *D. de donat.* Vnde etiã fit vt multò faciliùs fit fraudes cõminisci per venditionem fructuum quàm

per locationem fundi ad longũ tempus, in necem domini directi ne laudimia ei vlla deberi vnquã possint. Quę sola ratio errãdi causam tribuit illis qui ex vẽditione quoq; fructuũ laudimium deberi volũt. Igitur cùm neq; in locatione ad longum tempus, neque in fructuum venditione precium vllũ sit, neq; ratio vlla ineũdę æstimationis rei, quę ipsa vẽdita nõ est, sed tãtùm locata, aut cuius tantũ fructus sunt vẽditi, Apparet nihil esse ex cuius cõparatione laudimij quãtitas & cõputatio iniri possit. Nihil siquidem cõmune habet ęstimatio rei cum ęstimatione fructuum, vt circa legis Cinciæ interpretationẽ quæ certum modum donationibus imposuerat, Pomponius tractat *in dict. l. in aedibus 9. §. 1. D. de donat.* Nec illud quoque possum prætermittere quod nondũ dixi, Non posse fieri venditionem fundi ad tempus, quoniam iuris ratio nõ patitur vt dominia vnquam ad certum tempus transferantur, Ideóque nec ex causa temporali transferuntur sed ex perpetua tantùm *l. 1. D. de iur. dot.* quia vbi semel acquisitũ est dominium non potest amitti nisi certis modis, inter quos non est tempus. Fac ergo siue locationem fundi, siue venditionem fructuum, in quàm longum tempus voles, Numquam assequeris vt dominium vllum translatum intelligatur, quia non nisi ad tempus illud translatum esse posset: quod ratio iuris non admittit. Sed etsi poneres venditionem fructuum factam esse in perpetuum, etsi maxima subesset suspicio fraudis excogitatæ. Vix tamen adhuc crederem laudimia deberi, quoniam ad vitam emptoris ea conuentio referri potiùs deberet, vt de societate in perpetuum inita scriptum est *in l. 1. D. pro socio.* Ne alioqui semper abscedente commodo fructuum inutilis maneret proprietas penes venditorem. Quomodo dicimus fore vt inutiles essent proprietates constituto vsufructu nisi ita comparatum esset vt certis modis vsusfructus amitteretur *l. 3. D. de vsufr.* Quòd si adderes, Etiam de herede locutam conuentionem vt ad eum quoque perpetua illa fructuum venditio pertineret [nemo enim dubitat quin conuentione id fieri possit, cùm ex cæteris ferè causis omnibus quisquis sibi stipulatur etiam heredibus suis prospicere velle censeatur, tametsi de iis nihil prorsus exprimat *vulg. l. si pactum 9. D. de probat.*] adhuc tamen dicerem, Ita interpretandam conuentionem vt primi heredis personam non egrederetur, quemadmodum de vsufructu à Iustiniano constitutum est *in l. antiquitas 14. Cod. de vsufr.* Quid ergo, si venditio fructuum sic concepta est vt omnes heredum gradus etiam remotissimos complectatur? Non eò magis tamen admittam deberi laudimium ex eiusmodi venditione, nisi addas constitutum ea venditione vnicum precium pro fructibus omnibus in perpetuum percipiendis. Quo certè casu sicuti non posset dubitari, quin precium illud esset ipsius rei potiùs quàm fructuũ tam propter abdicatam spem omnem rei vnquam recuperandæ, quàm quia vel viginti duntaxat annorum fructus computati ad ratam vsurarum quincuncium iusto rei precio æquipollere credantur, quemadmodum vsuræ quicunces anno demùm vicesimo æquant sortem: Ita certè fatendum esset, si aliud nihil obstaret, laudimium deberi ex comparatione precij, quod perpetuæ fructuum venditioni vnicum esset constitutum. Nihil enim ex eo absurdi sequeretur. Sed si poneres venditos in perpetuum fructus annuos certo precio in singulos annos constituto, dicerem nullum deberi posse laudimium, quia neque precium vllũ esset, neq; aliud quicquam vice precij ex quo posset sumi comparatio ad ineundam, & computandam laudimij quantitatem, nisi fortè vellet quis dicere tot esse soluenda laudimia, quot essent precia in singulos annos constituta, quod esset absurdissimum. Quis enim dicat tot esse hoc casu venditiones quot sunt

anni?

anni? Cùm etiamsi in annos plures annuum quid stipulatus aliquis proponatur, non tot stipulationes esse placeat quot sunt anni, sed vnicam duntaxat stipulationem, quamuis in legato annuo diuersum sit *l. si Stichum 16. §. 1. De verb. oblig.* Porrò si plures non sunt venditiones, nec illud sanè fieri potest vt plura laudimia debeantur. Enimuerò vt ne vnum quidem laudimium deberi existimem, illud etiam me non parùm mouet, quod post factam quoq; perpetuã fructuum venditionem, nihil vetat dominũ ipsam rem alicui vendere ac tradere, atq; ita eius dominium in alium transferre: Verissimũ enim est, quod pragmatici nostri iactitant, Locationem dissolui per venditionẽ fructuum, Ipsam verò fructuum venditionem, per subsequentem venditionem fundi. Nec videri potest hoc casu eadẽ res duobus vendita, vt & emptor fructuũ potior haberi debeat, tãquam cui priori res tradita sit ex *l. quoties 15. C. de rei vindic.* & in crimen falsi aut stellionatus incidat vẽditor, quomodo incidit is qui eandẽ rẽ duobus vendidit aut pignorauit *l. qui duobus 18. D. ad leg. Cornel. de fals. l. si is qui 11. §. 1. D. de pignor. l. 3. §. 1. De crimin. stellion.* Cùm aliud sit rẽ vẽdere, Aliud verò rei fructus, vt iam diximus ex *d. l. in ædibus 9. §. 1. D. de donat.* Nec certè minùs alieno nomine possidet emptor fructuũ quàm conductor, licèt fructus cogat suo nomine tanquam emptor *l. Pomponius 29. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Quis verò æquũ putet, vt is, cui in perpetuum fructus sunt venditi perinde teneatur laudimia soluere atque si alienatio rei in eum facta esset, & ei tamen res auferatur ab illo qui posteà fundum emit? Quinimò si verũ amamus, quomodo fieri potest vt venditio illa fructuum quantumuis perpetua, venditionis fundi & alienationis vim habeat, cùm impedire non possit, quominùs alteri fundus vendi possit? Alioqui duæ erunt eiusdem fundi venditiones in solidum, & duo eiusdem rei domini vtiles in solidum: quod planè iuris ratio non admittit. Ex quo intelligimus, tùm quoq; cùm facta esset perpetua venditio fructuum vno precio, adhuc tamen posse defendi nullam intelligi factam alienationem, nulláque laudimia deberi, si non præterea illud concurrat, vt conuenerit, ne res illa vendi possit constituto emptori iure in rem ipsam per obligationem pignoris specialem, aut generalem quidem, sed cum clausula constituti, quæ impediat ne alienatio sequi possit, Iuxta *l. si creditor 7. §. vltim. D. de distract. pignor.* de cuius tamen sententia & emendatione videri volumus, quæ alibi scripsimus. Denique aliquod ius in re acquisitum esse oportet emptori fructuum, vt ex doctrina quoque interpretum venditio fructuum venditionem & alienationem ipsius fundi includat. Quomodo euenire diximus in fundo vectigali, vel emphyteuticario. Quia quandiu fundus auferri possessori & alienari potest, nullomodo alienatus videri debet, tametsi competitura sit emptori fructuum aut conductori actio personalis ad indemnitatem, id est vt quicquid eo nomine ipsius intererit præstetur. Nihil enim commune habet actio personalis cum iure dominij, adeóque nec cum iure vllo quod rei cohæreat. Potest autem venditioni fructuum siue temporali, siue perpetuæ, quæ non vno precio facta sit, sed constituto precio in singulos annos, meliùs conuenire pactio illa vt quandiu precium venditionis fructuum soluetur non possit res auferri emptori. Nam cùm vno precio facta venditio est, solutúmque semel precium, nihil faciendum superest ex parte emptoris, quod facere possit, vt ad venditorem eundémque dominum res redeat vllo casu, ideóque difficilius est, vt id genus contractus in emphyteusim transeat, aut quid simile habeat cum emphyteusi, Vt proinde tantò etiam alienius sit, vt ex eiusmodi contractu laudimium debeatur. Quid ergo si

vsusfructus venditus fuerit, aut aliter constitutus ab eo, qui constituendi ius habuerit? Est enim longè aliud Fructus vendere, Aliud verò, vsumfructum constituere: cùm vsusfructus sit quid distinctum à perceptione fructuum, quia vsusfructus in iure consistit, fructuum autem perceptio in facto *l. si vsusfructus 66. D. de iur. dot.* Nec rursum negari potest, quin vsufructuarius habeat ius *in re l. 2. D. de vsufr.* prohibitáque alienatione etiam vsusfructus constitutio prohibita intelligatur *l. vlt. Cod. de reb. alien. non alienand.* An ergo erit consequens vt ex vsusfructus constitutione laudimium debeatur? Ita plerique putant, distinguentes constitutiones vsusfructus à venditione fructuum, vt refert Amedeus à Pōt. *dict. quæst. 34. post apostill. ad Bald. in cap. 1. in verb. alienationes De his qui feud. dar. poss.* Ita vt feudatarius vel emphyteuta fructus quidem possit vendere, sed alium vsufructuarium facere non possit Glos. *in cap. 1. §. præterea De capit.* Corrad. Petr. Iacob. *in verb. ita etiam quod num. 14.* Alex. *cons. 18. num. 6. volum. 5.* Cremon. *sing. 85.* Hippol. de Marsil. *ad l. 1. §. cùm quidam De quæst.* Ego tamen adhuc contrà puto. Sunt enim omnino separata iura vsusfructus, possessionis, & proprietatis, neque permisceri debent, vt ait *l. penultim. D. de acquir. possess.* iunct. *l. naturaliter 12. §. nihil commune eodem.* Et quāuis prohibita siue per legē, siue per hominem alienatione, vsusfructus quoque constitutio prohibita intelligatur *dict. l. vltim. C. de reb. alien. non alienand.* Non ideò tamen bona consecutio est, vt qui vsumfructum alicuius rei constituit, rem ipsam ideò alienare censeatur, non magis quàm qui dat pignori, de quo diximus in præcedentibus, & cuius tamen æquè mentio fit *in dict. l. vltim.* Imò contradictionem implicat vt qui in re aliqua vel pignus vel vsumfructum constituit, licèt transferat ius in re, ipsam tamen rem alienare existimetur, cùm fieri nequeat vt eiusdem rei idem & dominus sit & fructuarius, aut pignoratitius *l. vti frui 5. D. si vsusfr. pet. l. neque pignus 45. De regul. iur.* Quis enim dubitat quin ille ipse qui vsumfructum alicui constituit, possit adhuc eiusdem rei proprietatem alteri vendere? Idque in vsufructu tantò certius est, quod sui natura finitur ille certis & pluribus modis, nec vnquam patitur illam conuentionē vt sit perpetuus, & æternus, Ne vt iam dixi maneat inutilis proprietas semper abscedente vsufructu *d. l. 3. §. 1. D. de vsufr.* Nec quod vsufructuarius habeat ius in re ad vtendum fruendum inuito quoque proprietario, & ius retentionis eiusmodi vt inuito ei quandiu vsusfructus durabit, auferri res non possit, facere potest, vt vsusfructus constitutio alienationi, aut emphyteusi similis videri debeat, Cùm neque directum, neq; vtile dominium habeat fructuarius, quemadmodū nec olim habebat bonitarium, non magis quàm quiritiarium, adeóque nec veram & ciuilem possessionem, sed naturalem tantùm quæ in detentatione mera consistit *dict. l. naturaliter 12. in princip. D. de acquir. poss.* quia scilicet non sibi possidet sed domino quamuis sibi & suo nomine fructus percipiat vt & conductor *l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar.* Quî ergo fieri potest, vt ob constitutionem vsusfructus laudimia vlla debeantur, cùm nullo casu ne per fraudem quidem possit vsusfructus constitutio in alienationem aut emphyteusim degenerare? Fateamur igitur quod res est, neque ex locatione, neque ex venditione fructuum, neque ex constitutione vsusfructus laudimia deberi vlla posse. Poteram addere varias quæstiones alias ad hunc tractatum De laudimiis pertinentes nec insubtiles, & in quotidiano vsu forensi positas. Sed quoniam Chiliadis meæ portum hîc iam video, & ex iis quæ hucusque disputauimus, quid de aliis sentiendum sit intelligi facilè potest, Tam multa de laudimialibus quæstionibus dixisse sufficiat.

ficiat. Reliquam huius postremæ Decadis partem aliis difficultatibus & vtilioribus & subtilioribus concludemus, Memores id etiam à nobis in præcedentibus promissum fuisse quod nunc præstamus.

ERROR SEPTIMVS.

Si data sit in solutum res quæ posteà fuerit euicta, An contingat liberatio vt prima actione amplius agi non possit, An sola supersit vtilis ex empto.

VTilis & in praxi non infrequens quæstio est, si debitor creditori in solutum dederit rem quæ postmodum euicta fuerit, An ressuscitetur obligatio quę per dationem in solutum extincta fuerat, & cum obligatione illa primæua fideiussores quoque & pignora quę primę obligationi accesserant. Sunt enim hac de re varij iuris nostri loci qui ab interpretibus sic accepti sunt quasi pugnare inter se videantur. Etsi autem de quæstione ista iam multa scripsimus in Codice *ad Defin.20. De euict.* nondum tamen satis multa vt tota hæc quæstio; & quid ex iuris ratione ad eam respondendum sit benè intelligatur. Illud primùm constat, Aliud quidem pro alio solui inuito creditori non posse *l.2. §. mutui D. de reb. credit.* Attamen rem pro pecunia solutam volenti creditori parere liberationem *l. si non sortem 26. §. si centum D. de condict. indeb. l. manifesti 17. Cod. de solut.* Sed de hoc tantùm dubitari potest, an ita demum id obtineat si res quæ in solutum datur, fiat accipientis pleno iure & adeò irreuocabiliter vt auferri ei numquam possit? Mihi certè ita semper visum est & videtur. Si enim posteà rem illam euinci contingat siue dominij, siue pignoris iure quod ea res aut aliena fuerit, aut alij obligata, non possum ferre vt liberatus debitor videri debeat, cùm creditori satisfactum dici non possit. Sic namque Pomponius *in l. si rem meam 20. D. de solut.* Si rem, inquit, meam quæ iure pignoris alij esset obligata, debitam tibi soluero, non liberabor, quia auocari tibi res possit ab eo qui pignori accepisset. Et *in l. si creditor 26. eodem titul.* Si seruus pignoratus à creditore venierit quamdiu redhiberi potest non liberari debitorem sicut in quolibet pignore vendito quamdiu res inempta fieri possit. Sed apertiùs Marcianus *in l. si quis aliam 46. eodem tit.* Si quis aliam rem pro alia volenti soluerit & euicta fuerit, remanet pristina obligatio; Adeóque si pro parte fuerit euicta, Tamen pro solido durat obligatio. Nam non accepisset re integra creditor nisi pro solido eius fieret. Sed etsi duos inquit, fundos pro debito dederit, euicto altero fundo remanet integra obligatio. Tunc ergo, inquit, res pro re soluta parit liberationem cùm pro solido eius facta fuerit. At omnium apertissimè Paulus *in l. qui res 98. in princip. eodem tit.* tractant de eo qui cùm res suas pignori obligasset, tùm ex iis aliquas pro filia in dotem dederat euictas postmodum à creditore, Non dubitat quin maritus ex dotis promissione agere possit, Ac si stat liberum, inquit, aut rem sub condicione legatam pater pro dote soluisset. M[illegible] rationem hanc adfert, Quòd harum rerum solutio non possit, nisi ex euentu liberare, scilicet, inquit, quo casu certum sit eas penes maritum rema-

nere. At in contrarium illud mouet quod contractus dationis in solutum simillimus sit emptioni & venditioni, ob idq; si res quæ in solutũ data fuit euicta sit, competere ex hac causa soleat ex empto actio saltē vtilis, ad exemplum directæ quæ cõpeteret euicta re vẽdita, vt disertè scriptũ est *in l. si prædium 4. C. de euict.* & *in l. eleganter 24. D. de pign. act.* Quam vtilem ex empto actionem constat esse nouam actionem cùm ex euictione nascatur, non veterem illam quæ ante dationem in solutum ex primo contractu competebat. Videtur namq; recessum à primo contractu vt ait Vlp. *in d. l. eleganter.* Nec solùm si quid in solutũ sit datum pro debita quantitate, sed etiam si creditor impetrauerit à Principe vt pignus possideret iure dominij. Qui tamē casus multò minùs ad emptionē accedit quàm si res ipsa obligata in solutum à creditore data proponeretur. Ne quis autem putet otiosam esse hanc quæstionē quasi parũ intersit, an debitor ex prima obligatione teneatur post euictionē an vtili actione ex empto, Rectè notát interpretes. Imò verò multum interesse vtra actione debitor conueniatur, Nimirum propter fideiussores & pignora si qua accesserint priori obligationi. Nemo enim nescit si prima illa principalis obligatio extincta sit siue solutione, siue quo alio genere satisfactionis, Non posse fideiussorũ & pignorum obligationes quæ non nisi accessoriæ sunt subsistere, Neque rursum in actionem ex empto transire quę alia nec nisi personalis actio est nullũ habens priuilegiũ taciti pignoris si non expressim conuenerit de pignore. His nimirũ & legibus & rationibus in vtrãq; partē agitati interpretes duce semper & antesignano post Accursiũ Bartolo, vt se hinc euoluant & explicent coguntur distinguere, An in solutũ data sit res pro re, vt *in d. l. si quis aliã 46. D. de solut.* an verò res pro pecunia, vt *in d. l. si prædium & d. l. eleganter.* Primo casu admittunt non aliter tolli posse obligationem primã per dationem in solutũ, quàm si res quæ soluitur ita fiat accipientis vt ei acquiratur irreuocabiliter nec auferri vnquã ab eo possit. Ideóq; secuta tandem euictione primã obligationem nõ tam ressuscitari [quod esset contra iuris regulam quæ obligationem semel extinctam reuiuiscere nũquam patitur *d. l. qui res 98. §. aream De solut.*] quàm extinctam numquam fuisse ac proinde agi ex ea posse, non minùs contra fideiussores & in pignora quàm aduersus ipsum debitorem. Tanquam qui ex postfacto appareat numquam fuisse liberatus. Altero autem casu negant aut superesse, aut reuiuiscere primam actionem nec magis hypothecariam aut fideiussoriam quàm principalem, sed solam ex empto actionē competere eámq; vtilem ad exemplũ actionis directæ ex empto *d. l. si prædiũ & d. l. eleganter.* Huius autē dissimilitudinis rationē illam adferunt, quod cùm res pro pecunia soluitur cõtractus sit emptioni simillimus, in quo scilicet ex vna parte species, ex altera interuenit pecunia *l. 1. De cõtr. emp. l. vlt. De condict. caus. dat. l. naturalis 5. §. 1. De præscript. verb.* Cùm verò species pro specie in solutum datur, contractus fit innominatus Do vt des. In quo genere contractuum placet necessariam esse ad implementum translationem dominij nec prius contractũ videri perfectum, quàm dominiũ pleno iure in accipientem translatum sit, vt & in permutatione euenit *d. l. vl. De condict. caus. dat.* Cùm tamē in venditione aliud obtineat, & cõsequenter in contractu simillimo emptioni vt rem venditam tradi à venditore sufficiat nec dari sit necesse *l. 1. l. ex empto 11. §. 1. & pass. D. de action. empt.* Solent enim contractus innominati naturam assumere nominatorum quibus sunt similes *l. naturalis 5. §. vltim. l. Titius 34. De præscr. verb.* Atque ita nostri passim post Accursium & Bartolum ratio-

ratiocinantur. Nec tantùm quod ad obligationẽ personalem, sed etiam quãtum ad fideiussores & pignora, vt nimirum si ex contractu innominato translatum non sit plenè dominium quod transferendum fuit, neque fideiussores liberati possint dici, neque extincta pignora. Si verò nihil nisi traditionem fieri oportuit quæ facta sit licèt secuta euictio proponatur, non magis cum fideiussoribus aut in pignora agi possit ex primo contractu quàm aduersus ipsum debitorem. Quod omnium apertissimè post Petrum & Cynum contra Butrigarium defendit Baldus ad *l. libera* 8. *Cod. de sentent. & interloc. omn. iud.* Mihi verò ista distinctio semper visa est ex interpretum nostrorum ingenio ad conciliandos textus qui alioquin conciliari non posse videbantur, excogitata quàm ad rationem iuris accommodata. Primùm quia video Paulum in *dict. l. qui res* 98. *in princip. De solut.* eum casum manifestè tractare, quo species quæ pro pecuniaria dote fuerat obligata, eadem in solutum data fuerit, Nec tamen dubitat quin eâdem euicta ex promissione dotis agi oporteat, id est ex prima obligatione. Scio respondere Bartolum esse hoc speciale in dote fauore quodam ac priuilegio dotis, Vt solet ille in suis distinctionibus tot membra & partes ferè constituere quot habet leges ad propositam quæstionem pertinentes ne quid superesse videatur quod contra ipsius distinctionem obiici possit, Nimirum rationem iuris quam plerumque non satis benè perspectam habet ad verba legum accommodat, non vt fieri decet obscuriorem legum sententiam ex ratione iuris metitur ac perpendit: quod in proposito ei vsuuenisse tam apertum est, vt nihil possit esse apertius. Paulus enim sententiæ suæ rationem non ex dotis fauore aliquo desumit, sed ex natura ipsa dationis in solutum & rerum quæ in solutum dãtur. *Harum enim*, inquit, *rerum* scilicet quæ aut alij obligatæ sunt, aut sub condicione legatæ, aut etiam statuliberi qui habet implicitum casum libertatis, *solutio non potest nisi ex euentu liberare, id est quo casu certum sit remanere eas penes accipientem*, nec ab eo auocari posse: Itaque non distinguit quænam sit causa debiti, sed qualis sit res quæ soluitur, An talis quæ plenò iure fieri possit accipientis & perfectè, vt loquitur African. *in l. cùm quis* 38. *§. qui hominem De solut.* an quæ non possit, Vt priore casu solutio pariat liberationem, Posteriore non pariat, quod ipsum etiam apertissimè scriptum est *in l. libera* 8. *Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic.* in postremis illis verbis *vel ob debitum reddendum si in solutum data est repetere non prohiberis.* Nec enim ibi de dote agitur, sed de pecuniario debito pro quo fuerat mulier libera data in solutum cùm ancilla crederetur. Eáque sententia naturalem sanè intellectum habet. Quoties enim quisque est qui pro pecunia sibi debita velit in solutum accipere eam rem quam putet apud se non remansuram? Aut qui in solutum accipiendo speciem aliquam pro pecunia id agat vt debitorem suum ipso iure liberet priusquàm ex euentu compertum habeat, an res apud se sit remansura? Id enim est quod Marcianus ait *in dict. l. si quis aliam*, *nam non accepisset reintegra creditor nisi pro solido eius fieret.* Quod sicuti generaliter à Marciano scriptum est, ita & generaliter accipi debet in quocumque creditore cui aliquid in solutum datur, siue speciei alicuius fuerit creditor, siue pecuniæ. Qui enim aliquid in solutum accipit, non cogitat quid anteà sibi debitum fuerit [quid enim ipsius iam interest cùm liberare debitorem velit?] sed tantùm quid in solutum accipiat pro debito vt non frustra, & pro nihilo amittat debitorem. Sed & in secunda specie *dict. l. si quis aliam*, cùm ponit Marcianus duos fundos in solutum datos *pro debito*, Cur nomen debiti coangustabimus ad debitam spe-

ciem ad exclusionem debiti pecuniarii, quod tamen nemo nescit potissimo ac præcipuo quodam iure debiti appellatione significari solere? Neque verò ad hanc tam improbabilem interpretationem comminiscendam moueri ex eo Bartolus debuit, quod in præcedentibus & sequentibus verbis eiusdem legis ponit Marcianus rem pro re solutam esse. Id enim nihil aliud est quàm dicere *aliud pro alio solutum*, qua locutione non minùs speciem pro pecunia quàm pro specie solutam significamus. Et verò quoniam aliud pro alio inuito creditori solui non potest, vt suprà diximus ex *dict. l. 2. §. mutui D. de reb. credit.* non magis posset solui res pro pecunia quàm res pro re, si non id à prudentibus vtilitatis causa tandem receptum esset, Accedente scilicet voluntate creditoris. Sic namque intelligi debet quod scriptum est *in dict. l. si non sortem 26. §. si centum De condict. indeb. licèt enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem.* Vt constat ex *dict. l. manifesti 17. Cod. de solut.* Qua porrò creditoris voluntate accedente nemo dubitat quin perinde solui possit species pro specie atque pro pecunia: Siue solutionem hanc velis dicere, cùm solutionis verbum ad omnem liberationem quoquomodo factam pertineat magisque ad substantiam obligationis quàm ad nummorum solutionem *l. solutionis 54. D. de solut.* siue potiùs satisfactionem quæ semper pro solutione est *l. satisfactio 52. eodem.* Siquidem satisfecisse semper prodest, licet satisfactionem offerre nihil prosit si eam creditor recuset *l. item liberatur 6. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solnit.* Sed & cùm pro pecunia species aliqua in solutum datur, finge non nisi partem euinci eius rei quæ in solutum data est. Si dicas cum interpretibus sublatam esse primam obligationem nec nisi actionem ex empto vtilem propter euictionem accommodari posse creditori: Euenire necesse erit vt qui rem illam in solutum accepit inuitus incidat in communionem cum eo qui euicit. Quod tamē absurdum sanè fuerit & iniquum, Nam quemadmodum inuitus nemo in communione manere compellitur *l. vlt. Cod. commun. diuid.* ita nec in cōmunionē incidere quisquam cogendus est: Ob eámq; nimirū causam in eo ipso contractu de quo disputamus dationis in solutū ita ius constitutū est vt si ex falsa debiti quantitate maioris precij res soluta sit nō fiat cōfusio partis cum pecunia, sed & condictio integra remaneat & obligatio incorrupta, quemadmodū ratiocinatur Vlp. *in d. l. si non sortem 26. §. si centum De condict. & indeb.* Quidni ergo idē admittemus, si dationem in solutum illud inutilē faciat quod res quæ in solidum data fuerat, pro parte euicta sit? Quòd si partis euictio tùm quoq; cùm species data est in solutū pro pecunia totā dationē irritā facit, Cur aliud iuris cōstituemus data in solutū ea re quę tota sit euicta? An fortè melior esse debet condicio debitoris aut durior creditoris ob id quòd euictio partis tātùm facta sit quàm si tota res euicta esset? Atqui nemo dixerit euicta duntaxat parte rei venditæ dandā vtilem ex empto actionem in solidū aduersus venditorem: Competit enim duntaxat pro parte euicta *l. 1. De act. empt.* Ergo si datio in solutū similis est venditioni, vt est, fatendum erit ne quidem vtilē ex empto actionē competituram creditori ad exemplum directæ, nisi pro parte quæ euicta fuerit, atq; ita remansuram validam dationem in solutū pro alia parte quæ non fuit euicta, & cōsequenter in communionē casurum eum qui in solutū accepit quod maximè in datione in solutū esset absurdum si Vlpiano credimus *in d. §. si centum.* quia semper verū est quod generaliter scribit Marcianus *in dict. l. si quis aliam,* Creditorē non fuisse reintegra accepturum in solutum si non credidisset futurā rem suam in solidū. Quod in emptione dissimile est, quia is qui accedit ad em-

ad emptionẽ non id agit omnimodo vt rẽ suam totam faciat, sed tãtùm pro qua parte erit venditoris. Cùm non ignoret etiam rem alienã vendi vtiliter posse ac sufficere vt venditor obligetur de euictione *l. ex empto* 11. *§.1. De act. empt. l. rem alienã* 28. *D. de contr. empt.* Cùm è contrario nomen ipsum dationis in solutum nihil nisi dominij transferendi necessitatẽ significet. Quid enim aliud est dare quàm dominiũ transferre? *l. vbi autem* 75. *§. vlt. De verb. oblig. d. l. vlt. De condict. caus. dat. §. sic itaque Inst. de action.* In eóq; præcipuus & insignis est error interpretũ nostrorum qui cùm admittant, In iis contractibus qui dandi obligationẽ continent, cuiusmodi sunt omnes innominati excepto illo vno *Facio vt facias*, non priùs debitori posse liberationẽ contingere quàm dominium transtulerit & quidẽ pleno iure ac irreuocabiliter & cũ effectu, quod videant, neq; ad tẽpus rerum dominia transferri posse *l. 1. D. de iur. dot.* neque meum absolutè dici posse quod in plenũ factum non sit meum *l. Neratius* 63. *D. de condict. indeb.* Negant tamen in datione in solutũ idem obtinere, nec animaduertunt quod vel ex ipsa nominis nota debuerunt animaduertere, Non minùs in hoc contractus genere quàm in omnibus innominatis in quibus dãdi mentio fit, transferendi dominij necessitatẽ incumbere debitori, vt obligationi suæ satis fecisse, & ita liberationẽ consecutus esse videatur. Non. n. traditio in solutũ appellatur sed datio, Igitur dominij non possessionis. Neq; verò in contrarium moueri ex eo debuerũt quòd hic contractus magnã cũ emptione ac vẽditione habeat similitudinẽ. Habet. n. equidẽ in eo quod ex vna parte res interuenit ex alio pecunia, vt diximus, sed non in omnibus: Minimè autẽ in eo de quo disputamus quòd in venditione non ad aliud obligatur venditor ex natura contractus, quàm vt rem venditam tradat, Qui verò dat in solutum ad hoc præcisè tenetur vt dominiũ transferat, ne alioqui dedisse non videatur, etiamsi tradiderit millies. Nam nec illud negari potest quin datio in solutum sit similior solutioni quàm venditioni; cùm eo animo & proposito fiat vt debitor liberetur, Creditor autem non tam acquirat sibi aliquid quàm vt consequatur debitum & amittat debitorem: Est enim hæc acquisitionis species, non tam ex parte illius qui accipit in solutum, quàm ex eius parte qui dat, quippe cùm ab obligatione liberetur & hoc ipso locupletior factus intelligatur *l. si pupilli 66. in fin. D. solut. l. species* 11. *D. de acceptilat.* Atqui generaliter proditum & verum est, Eum quoque qui cùm nummos deberet nummos soluit, non aliter liberari posse quàm si faciat eos accipientis *l. qui sic soluit* 55. *& l. si alieni* 78. *D. de solut.* Cur ergo aliud recipiamus in solutione facta corporis pro pecunia, cùm nec aliud sit in soluto eo ipso corpore, quod debebatur *l. Iulianus* 47. *§. 1. D. mandat. dict. l. si rem* 20. *D. de solut.* Neque rursum à natura venditionis tam aliena est translatio dominij in emptorem, vt ob id minùs videri debeat datio in solutum similis venditioni, quod dantem obliget ad dominium transferendum. Nam & venditor si dominus sit rei venditæ dominium eius in accipientem transferre cogitur *dict. l. ex empto §.* 1. Adeóque quod magis est, si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore, id est ante traditionem domino rei heres extiterit, cogitur implere venditionem, vt Paulus loquitur *in l. si quis alienã* 46. *De act. empt.* id est dominium rei quod nũc habet transferre, licèt vẽditionis tẽpore nõ habuerit. Tãtũ n ergo abest vt vẽditionis cõtractui repugnet translatio dominij, vt è contrario tũ demùm impleta possit dici venditio, cùm dominiũ translatũ est in emptorẽ nõ anteà. Nã nec actio de euictione post rẽ euictã alio colore datur contra vẽditorem quàm quia vẽditor ex natura cõtractus emptori præstare debeat quãti eius interest rẽ

venditoris fuisse *l. venditor* 8. & *pass. D. de euict.* Quis enim tam sit imprudens vt vltrò vellit accedere ad rei alienæ emptionem? Quāquam cùm hoc accidit, certum est, Etiam secuta euictione nullā tamen actionem posse emptori cōpetere, Nō magis quàm si cōuenisset vt vēditor nullo casu de euictione teneretur, Tāquam qui à seipso non ab alio deceptus esset *l. si sciens* 26. & *seq. l. qui officij* 62. *§. qui nesciens D. de contr. empt.* iunct. *l. nam si scit* 26. *D. de rei vind. l. si fundū sciens* 27. *C. de euict. l. si fratres* 7. *in fin. C. commun. vtr. iudic.* Vbi additur idē esse etiamsi quis eum fundū emerit quē sciebat venditoris quidē esse, sed alij obligatū. Nam quod ad causam euictionis pertinet nihil interest an res aliena fuerit an alij obligata, cùm hoc etiā casu euinci possit per hypothecariā, nec magis vno quàm alio casu rē habere emptori liceat si nō satisfiat creditori *l. si quis mancipiū.* 34. *§. vlt. cū l. seq. D. de euict.* Qua ratione etiā cùm de datione in solutū tractamus, solemus dicere non magis liberari debitorē qui rē suam sed alij obligatam in solutū dedit, quàm si rem ipsam debitā dedisset suā quidē sed quæ alij fuisset obligata *d. l. qui res* 98. iunct. *d. l. si rē meam* 20. *D. de solut.* Cæterùm nihil vetat, Eo quoq; casu quo data sit in solutū species pro pecunia, si postmodū species euicta sit, manere quidē pristinā obligationem incorruptā, sed nihilominùs teneri debitorē actione vtili ex empto: Potest. n. creditoris interesse vt euictione secuta vtramq; habeat actionē. Primam quidē propter fideiussores & pignora si quę ei fortè accesserant; Alterā verò ad consequendū si quid præter quantitatem debitā interesset. Venit. n. hoc in actionē ex empto de euictione cùm in primā nihil nisi simplum venire possit *l. si in venditione* 60. *D. de euict.* Deniq; stultum est dicere ob id solùm quòd euicta re quæ in solutū data fuerat, vtilis actio ex empto creditori accommodata sit, vt scriptum est *in d. l. eleganter* 23. *D. de pignor. act. l. si prædium* 4. *C. de euict.* ademptam ei veterem actionem quam potiùs retineri expediat. Non enim adimit primam qui nouam tribuit *l vlt. C. de nouat.* nec quicquam iniquius dici potest quàm vt quod in fauorem creditoris constitutum est in eius odium retorqueatur *l. quod fauore* 6. *C. de legib. l. nulla* 25. *D. eo. l. pen. C. ad SC. Trebell.* Non nescio eam esse venditionis naturam, quemadmodum iam diximus, vt venditor non cogatur rem facere emptoris, sed nuda rei traditione liberetur *l. si ita distrahatur* 25. *§.* 1. *D. de cōtr. empt.* Sed nō ideò iuris loco vllo scriptum reperias, Prohibitam esse in venditione conuentionem illam, vt venditor dominium emptoris facere cogēdus sit nec priùs satisfecisse videri possit quàm id perfecerit. Emptio namque & venditio recipit facilè huiusmodi pacta omnia siue adiicientia sint, siue detrahentia dum ne ad substantiam contractus pertineant. Puta si conuenerit, ne cautio duplæ præstetur quod pactum detrahens est. Aut contrà vt cum fideiussore præstetur quod est adiiciens *l. pacta conuenta* 72. *De contr. empt.* Erit autem pactum hoc adiiciens si conuenerit, vt venditor cogatur dominium transferre in emptorem quia auget præstationem quæ alioqui lenior fieri ex venditione debuisset. Pertinet enim hoc non ad substantiam contractus, sed ad præstationes quæ ex contrahentium voluntate & conuentione legem accipiunt *d. l. ex empto §.* 1. *De action. empt. l.* 1. *§. si conuenit D. deposit. l. venditor* 13. *D. commun. præd.* Dic ergo quantum voles, Dationem in solutū similem esse emptioni & venditioni quoties datur in solutum species pro pecunia. Id ego non negabo, sed addam similem esse emptioni in qua pactum intercesserit vt venditor rem facere emptoris cogeretur: nec tradendo sed dando tantùm liberaretur. Quænam enim apertior ad hanc voluntatem exprimendam conuentio esse potest quàm si contrahentes non de vēditione facienda tractatū

inierint,

inierint, sed de datione in solutū. Sic dicimus permutationem quæ non nisi rebus fit similem esse emptioni *l.2.D.de rer.permut. l.2. C.eod.* adeóq; interdū ex permutatione quoque competere actionem in id quod interest ad exemplū actionis ex empto si permutata res euicta sit *l.1.eo.l.si permutationis 29. C.de euict.* quamuis emptionem rebus fieri non posse certum sit *l.pen. C.de rer.permut.* Et tamen nemo vtiq; negauerit quod dicebat Pedius, Alienam rem dantē nullam contrahere permutationem *l.1.D.eod.* Nempe quia ipsum permutationis nomē non possessionis sed dominij commutationem significat, vt adiecta dictio *per* augeat significationem & ad potētius significatum dictionis sensum restringat. Ea namque vera demū mutatio est quæ dominij alienationem habet comitem *l.1.C.de fund.dotal.* Cùm nec alienare dicatur is qui duntaxat omittit possessionem *l.4.§.1.D.de alien.iudic.mut.caus.fact.l.non alienat 119.De regul.iur.* Similiter diuisio quoq; vicem venditionis obtinet *l.1 C.commun.vtriusque iudic.* quoniam qui diuidit alienat *l.1.l.si pupillorum 7.D.de reb.eor.qui sub tutel.* Nec ideò tamen alienæ rei diuisio valere potest non magis quàm permutatio *l.familiæ 9. C.commun.vtr.iudic.* Nam & permutationi similis diuisio est *l.si filia 20. §.si pater D.famil.ercisc.* Ideóque euicta iure pignoris ea re quæ per diuisionem translata fuerat, Præscriptis verbis actio datur ad id quod interest *l. si fratres 7.Cod. commun.vtriusque iudic.* non aliter quàm ex permutatione *dict.l.si permutationis 29.C.de euict.* Deniq; datio in solutum non tam contractus est, si causam & originem eius inspiciamus, quàm distractus, cùm non alia mente fiat quàm vt distrahatur & tollatur obligatio, sicuti alterius cuiuslibet solutionis potestate. Vnde illud quoque fit, vt ex datione in solutum nulla propria nascatur actio, neque ex parte illius qui dat, nec ex parte eius qui accipit: Non magis quàm si pecunia ipsa debita soluta esset, nempe quia cùm contractus à datione incipiat ex parte dantis, Ex parte verò accipientis nihil interuenire debeat nisi vt accipiendo liberet debitorem, quod ipso iure contingit quoties valet datio. Apparet nihil superesse quod alter alteri præstare debeat, & cuius præstandi gratia vtrimque comparari oportuerit actiones, quomodo ex emptione & venditione nascuntur mutuæ obligationes & actiones empti ac venditi *dict. l. ex empto 11.§.1.De action.empt.* Initium enim obligationi præbet ipsa datio & traditio rei quæ in solutum datur, vt de permutatione Paulus scribit *in dict.l.1. De rer.permut.* Vt verè dici possit eum qui dat in solutum non obligari ad dandum, vt neque accipientem sibi ad aliquid obligat, Cùm non id agat vt vel alterum sibi vel se alteri obliget, sed tantùm vt se liberet *arg.l.in hoc iudicium 14.§.1. D.commun.diuid.l.Papinianus 28.D.mādat.* Hoc verò fit sola, vt diximus, iuris potestate. Tantùm abest vt, quod interpretes supponunt pro vero, sit ille obligatus ad tradendum exemplo venditoris. Planè si alienam rem aut alij obligatam in solutum dederit quæ euicta sit, incipit obligari is qui in solutum dedit, Non quia dederit, sed potiùs quia non dedit, cùm aut dominium non transtulerit si res aliena fuit, aut si alteri tantùm fuit obligata, sic transtulerit vt non possit remanere res penes emptorem. Sed ea obligatio cùm aduersus eum solum qui soluit inducatur ne is creditorem suum eam rem accipientem in solutum impunè deceperit, quod contingeret si non id omne quod ipsius interest præstare teneretur, non potest eundem liberare. Quis enim vnquam audiit ob id solum liberari quem debere, quòd obligetur? An non ita fieret vt contrà nostrorum vulgare brocardicum, inducta ad vnum finem, operarentur contrarium? *l.legata inutiliter 14. De adim. legat.* quamuis possit fieri vt eadem numeratione &

liberetur aliquis & alium sibi obliget *l. in numerationibus* 44. *in fin. De solut.* Imò verò quemadmodum secuta euictio parit vtilem actionem ex empto contra eum qui dedit in solutum aut potiùs qui non dedit quod dare debuit quia in plenum rem accipientis non fecit, Ita & ostendit ex euentu non fuisse liberatum debitorem qui per dationem in solutum liberatus credebatur, vt eleganter Paulus loquitur *in dict. l. qui res in fine principij D. de solut.* & Tryphoninus *in l. rescriptum* 12. in postremis illis verbis *quia apparuit non esse liberatum D. de distract. pignor.* Interim igitur in suspenso est liberatio, vt ibidem loquitur Tryphoninus, quia pendet ex euentu vt ait Paulus *in dict. l. qui res.* Pendere enim necesse est quoniam alioquin si extincta esset ipso iure, posteà ressuscitari numquam posset *dict. l. qui res §. aream De solut. l. ob eam causam* 9. *De præscrip. verb.* Et verò si debitor soluendo eam ipsam rem quam debet, adeóque cuius sit dominus, nondum tamen liberatur si ea res alij priùs fuerat obligata, quia scilicet adhuc res auelli creditori potest *dict. l. si rem meam* 20. *eod.* Quantò magis idem admittere oportet cùm is qui non rem illam debebat sed nummos, pro nummis tamen rem soluit sed quæ euinci aliquo casu possit, . An non satis debitori esse debet quod aliud pro alio soluens debitori volenti liberationem consequatur, quam summo iure non aliter consequi deberet quàm si illud ipsum quod debitum esset solueret? Nam etsi placuit non nisi volente creditore posse huiusmodi liberationem contingere, Certum tamen est non creditoris fauore id comparatum esse cuius interesset potiùs idipsum consequi quod debetur ex diffinitione obligationis & actionis, sed solius fauore debitoris vt tantò expeditius liberationem assequatur. Cur ergo in eo prętereà debitori fauere velimus vt alienam rem aut alij obligatam pro pecunia dando liberetur, qui si nummos ipsos solueret quos debet, numquam tamen aut alienos aut alij obligatos dando liberaretur, quia euinci nimirum possent. Cùm & in pecunia numerata sicut & in alia re qualibet constitui pignus possit *l. idémque* 7. *in fin. D. qui potior. in pignor. hab.* Nam neque contracta venditione liberaretur emptor si precium solueret ex pecunia vel aliena vel alij obligata, quoniam precium venditoris facere cogitur *dict. l. ex empto §.* 1. hoc est pecuniæ dominium ita in eum transferre, vt nulla penitus de causa euinci possit. Nec tamen similiter possis in venditione dicere fieri eam gratia venditoris. Fit enim potiùs gratia emptoris, quippe qui emendo acquirit non etiam venditor vendendo licet pro re vendita precium accipiat. At è contrario, qui dat in solutum acquirit liberationem, qui verò accipit nihil acquirit, sed quod sibi debetur duntaxat consequitur, Nisi quòd pro pecunia rem habet, non tam quasi acquisitam, quàm quasi solutam. Sed & cùm res pro re soluitur volenti creditori, potest meo iudicio defendi non malè, etiam genus hoc contractus vicem venditionis obtinere non secus acsi res pro pecunia daretur, Non solùm quia generalis est sententia *dict. l. si prædium*, de prædio dato in solutum, Non addito eo an pro alia re, an pro pecunia, sed etiam quasi facta inter debitorem & creditorem permutatione rerum quæ & ipsa, vt diximus, venditionis vicem obtinet *dict. l.* 2. *De rer. permut. D. & C. l. Titia* 62. ibi *quasi emptione inter se facta. D. de iur. dot* Quamquam inter hos casus differentia illa est quòd actio propria quæ nascitur ex permutatione non ex empto sed præscriptis verbis est nisi cùm res quæ fuerat venalis permutatur cum re non venali. Quo casu ad exemplum actionis ex empto agi potest ad id quod interest *l.* 1. *Cod. eod.* Cæterùm non est dubitandum quin si data sit in solutum res

pro

pro re, eáque posteà fuerit euicta, permittendum sit creditori agere de euictione in id quod sua interest *dict. l. permutationis 29. Cod. de euict.* Cur enim melioris sit condicionis ille qui rem alienam aut alij obligatam fortasse sciens soluit pro alia re vt non teneatur ad id quod interest creditoris, quàm si rem pro pecunia in solutum dedisset? An non æquè decipitur is, cui pro re datur in solutum ea res quæ postmodum euincatur? Et tamen non eò minùs verum est, vel ipso fatente Bartolo minimè liberari debitorem qui rem vnam pro alia dat in solutum si datam posteà cõtingat euinci, quia inquit tenebatur ad dominium efficaciter & irreuocabiliter transferendum. Non igitur bona consecutio est, vt quia ei qui rem accepit in solutum pro pecunia vtilis actio ex empto accommodatur creditori aduersus debitorem ad id quod interest, Statim dicendum sit liberatum esse debitorem à prima obligatione. Nam imò verò tantò dignior est qui pluribus actionibus teneatur, cùm creditorem deceperit. Proinde siue æquitatem siue meram iuris rationem intueamur, fatendum est non posse illum liberari, Non ex æquitate cùm creditorem si non dolo ex proposito saltem reipsa deceperit. Non etiàm ex iuris ratione, cùm datio in solutum nihil aliud sit quàm solutio ad cuius substantiam omnino pertinet vt quod soluitur fiat in plenum perfectè & in perpetuum accipientis, Nec quod traditio tantùm facta sit pro datione quæ fieri debuerat liberare debitorem potest, Cùm potestas euictionis tollat intellectum traditionis, vt loquitur Papin. *in l. si patroni §. vlt. D. ad SC. Trebell. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Nam nec aliam ob causam credendum est secuta euictione superesse actionem ex empto contra venditorem ad id quod interest quæ ab initio non competebat nisi ad tradendum, quàm quia vẽdita res & tradita quidem, sed postmodum euicta perinde haberi incipiat, acsi tradita per contumaciam & procaciam venditoris numquam fuisset. Quo casu perinde vtique teneretur venditor ad id omne quod emptoris interesset *leg. 1. in princip. D. de act. empt. l. traditio 4. Cod. eod.* licèt non possit nasci actio de euictione priusquàm res sit tradita *l. si quod à tuo 6. & l. seq. in princip. D. de euict.* quia venditoris prima obligatio in eo consistit vt ad rem tradendam non ad aliud teneatur *dict. l. ex empto §. 1. De act. empt. dict. l. si ita 25. §. 1. De contr. empt.* Nam nec nouum est vt res vendita & tradita pro eo habeatur acsi non solùm tradita numquam fuisset, sed neque vendita, vt *in l. bona fides 50. D. de act. empt.* Quod si verum est vt est rem datam in solutum pro pecunia si euicta sit perinde haberi oportere acsi numquam fuisset tradita, Quis iam dicat eiusmodi traditionem prodesse ad liberationem potuisse? Cùm datio in solutum non à conuentione incipiat vt venditio, sed à traditione adeóque ab ea traditione quæ dationem, id est dominij translationem implicitam habeat. In quo differt rursum ab ea traditione, quam ex contractu venditionis à venditore fieri necesse est, Quę nihil commune habet cum datione nisi cùm venditor dominus est. Atque hæc quidem de personali obligatione de qua per dationem in solutũ extinguenda cogitatum fuerat dixisse sufficiat. Nã quod ad pignorũ obligationẽ pertinet alius tractatus est, Cùm etiã sublata personali obligatione vinculũ pignoris durare possit *l. 2. C. de luit. pignor.* quia nimirũ actio hypothecaria suas illas perpetuas cõdiciones habet si solutũ sit debitũ vel aliter eo nomine satisfactũ. Quibus cessãtibus tenet *l. grege 13. §. etiamsi D. de pign. l. si rem 9. § omnis pecunia D. de pignorat. act. l. debitor 59. D. ad SC. Trebell. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Quod in fideiussoribus diuersum est quorum obligatio sine principali subsistere ac durare nũquam potest. Sed de pignorum obligatione posteà dicemus. Iam

tempus est vt ad eas leges quibus potissimùm in hunc quem refutauimus errorem inpulsi sunt interpretes, respondeamus.

ERROR OCTAVVS.

De sententia l. si prædium 4. Cod. de euict. & l. eleganter 24. D. de pignor. act.

NOn habent interpretes alios quàm duos istos iuris nostri locos quibus probare possint, Quoties data est in solutum species aliqua pro pecunia, eáque species postmodum euicta est, adeò tamen liberatū intelligi debitorem vt ex priore obligatione neque contra eum neq; in pignora quæ priori obligationi accesserunt agi amplius possit. Mouetur autem primùm ex eo quod scriptum est *in d. l. si prædium 4. C. de euict.* si prædium tibi pro soluto datum est quod aliis creditoribus fuerat obligatum causam quidem pignoris mutatam nō esse, sed si ab anteriore creditore fuerit euictum, vtilem tibi actionem cōtra debitorem competere quòd huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Sic enim rescriptū hoc Imperatoris Antonini ab interpretib. acceptū est quasi hoc ipso quo dat creditori contra debitorem actionem vtilem ex empto, scilicet vt sequens ratio demonstrat, & Vlp. disertè scribit *in d. l. eleganter*. Priorem quæ ex pristina obligatione cōpetebat quasi extinctam denegare videatur, siue quòd vtilis solius actionis meminerit, cui non solet locus esse competente directa, cùm non nisi directis deficientibus vtiles comparatæ sint *l. si heres 70. in princip. D. ad SC. Trebell.* siue etiam quòd contractum hunc dationis in solutum similem esse dicat venditioni. Ex qua tamē nemo dixerit aliam quàm ex empto actionem emptori dari posse. Verùm iam ostendimus superiore capite neutrā rationem bonam esse. Nō enim ex eo quod creditori post euictionem rei in solutum datæ vtilem ex empto actionem lex accommodat inferri vllomodo pōt, Esse igitur debitorem liberatum à prima obligatione, Cùm nihil prohibeat vtrumque verum esse, & primam obligationem durare tanquam quæ per alienæ rei aut alij obligatæ traditionem neque extincta sit, neque extingui potuerit. Et nihilominus vtilem ex empto actionem creditori accedere ad consequendū nō modò id ipsum quod anteà debebatur, sed etiam quicquid prętereà ipsius interest alienum aut alij obligatum prædium nō fuisse. Neque enim videri pōt inutilis adiectio posterioris actionis cùm aliquid amplius cōtinet quàm quod priore continebatur. In proposito autem continet vtilis actio id quod plus est in eo quod interest quàm in summa quæ fuerat antè debita. Ne scilicet impunè debitor creditorem suum deceperit dando ei in solutum rē alienam aut alij obligatam quod tamen eueniet, si non alia ei pœna irrogetur quàm vt in prima obligatione retineatur. Cæterùm cùm datio in solutum non valeat quoniam alienæ rei aut pignoratæ datio valere non potest, fatendum necessariò est manere pristinam obligationem, quæ non nisi solutione extingui potuit cùm nec rursum solutio fieri potuerit nisi interueniente irreuocabili dominij translatione. Nam & in permutatione similiter vtrumque verum esse admittimus, Vt neq; valeat, si de aliena re facta sit *l. 1. D. de rer. permut.* nec eò minùs teneatur de euictione is qui alienam rē permutauit quæ posteà sit euicta, in id scilicet omne quod ad-

uersarij interest *l. si permutationis* 29. *Cod. de euict.* Sed in specie quam tractamus de aliena re vel alij obligata quæ in solutum data & subinde euicta fuerit, illud amplius est quod prior illa obligatio, quam omnis datio in solutum præsupponit, in suo statu remanere necesse est quoties datio in solutum non valet, Nō itē in rei alienæ permutatione quam nulla obligatio alia antecedit, Nisi cùm permutatio mixta est dationi in solutum, quod contingere suprà diximus quoties in solutum datur species pro specie: Quo casu & datio in solutum fit & rerū veluti quædam permutatio, quæ ad emptionem quoque accedit licèt minùs, quàm si pro pecunia in solutum res data esset. Itaque hoc casu & liberatio nulla continget quia permutatio non valuit & consequenter manebit debitor vt anteà obligatus cùm liberatus nōdum fuerit, & tamen actio de euictione competet ad id quod interest: quemadmodum si simplex permutatio non ex causa dationis in solutum facta esset. Taceo quod *in dict. l. si prædium*, non ponit Antoninus datum fuisse prædium in solutum pro pecunia, sed tantùm fuisse datum pro soluto, quod cùm generaliter scriptum sit, quidni etiam generaliter intelligetur de qualibet datione in solutum siue species pro pecunia, siue res pro re data sit? Nā & cùm res pro re in solutum datur, vix est vt non habeat illā debitor pro venali cùm malit illa carere, vt si ab alterius soluendæ necessitate redimat, perinde acsi precium pro re accipere creditor paratus esset. Sufficit autem venalem rē fuisse etiam in simplici permutatione, vt ad exemplum actionis ex empto is qui permutauit in id omne quod aduersarij interest ob euictionem teneatur *l. 1. Cod. de rer. permut.* Denique *in d. l. si prædium* verbum nullum est quo probari possit, Per dationem in solutum rei pro pecunia partam esse debitori liberationem tametsi euictio secuta sit. Hoc verò est de quo disputamus; Non autem an noua actione vtili ex empto conueniri possit debitor ad id quod interest creditoris: quæ res nihil commune habet cum iure liberationis & primæ obligationis, vt diximus. Difficilior responsio est ad aliam obiectionem, quæ fit ab interpretibus *ex d. l. eleganter* 24. *D. de pignorat. act.* in qua etsi tractat Vlpianus de pignore quod creditor impetrauerit à Cæsare vt sibi liceat possidere, scilicet iure dominij vt fiebat olim ante Iustiniani constitutionem quæ extat *in l. vlt. C. de iur. domin. impetr.* subiungit tamen esse hāc speciem non dissimilem illi in qua datū esset à debitore pignus in solutum debitæ quantitatis. Quærit autem, An si post concessum à Cæsare ius dominij si pignus euictum sit creditori, habeat contrariam pignoratitiam aduersus debitorem. Nam sicuti pignoratitia directa competit debitori qui pignus liberauit, ita & contraria pignoratitia creditori, ne commodum ei & vtilitas pignoris eripiatur, & vt plenissimam indemnitatem à debitore consequatur, siue aliena re pignori data sit, siue quid malitiosè in pignore à debitore factum sit, ideóque tametsi res alij obligata in pignus data sit etiam ab ignorante debitore *l. si rem alienam* 9. *in princip. l. tutor* 16. §. 1. *De pign. act.* Et respondet Vlpianus ad propositam quæstionem in hæc verba, *Et videtur finita esse pignoris obligatio & à contractu recessum. Imò vtilis ex empto accommodata est quemadmodum si pro soluto ei data res fuerit vt in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius intersit. Et compensationem habere potest creditor si fortè pignoratitia vel ex alia causa cum eo agetur.* Quæ verba sic ab Accursio, Bartolo cæterísque interpretibus accepta sunt quasi concludat Vlpianus, siue creditor pignoris dominium impetrauerit à Principe siue pignus in solutum à debitore acceperit, extingui primam obligationem neque per subsecutam pignoris euictionem ressuscitari, sed in vicem & locum primæ obligationis pro qua pignus

datum fuerat substitui vtilem actionem ex empto per quam creditor consequatur quanti sua interest euictum pignus non esse. Ego verò non possum ista cõcoquere nec tam facilè mihi persuadere ita Vlpianum aut sensisse aut scripsisse: Cùm ratio iuris in his ferè omnibus repugnet. Qua de causa non dubitaui affirmare cùm hanc ip am quæstionem cœpi tractare in Codice *ad Defin. 20. num. vltim. De euict.* Triboniani potiùs esse quicquid sub Vlpiani nomine hac de re scriptum est *in d. l. eleganter*: siue verba inspicio quæ sunt dubitantis & hæsitantis magis quàm respõdentis, siue vim & sententiam verborum ab aliis omnibus legibus quæ hac de re loquũtur dissidentem. Nam posteaquàm sic cõcepta quæstio est si impetrauerit creditor à Cæsare vt pignus possideat iure scilicet dominij quod benè addit Paulus *in l. debitor 59. ad SC. Trebell.* & posteà pignus euictũ sit, An habeat pignoratitiam contrariam. Respondetur ambiguè *& videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum.* Cur non enim dixit Vlpianus *finitam esse* non autem *videri* si verè finita fuit? Aut cur de pignoris tantùm obligatione loquitur non de substantia & obligatione ipsius debiti, si sensit ille à priore contractu omnino recessum fuisse. An quia potuerit finiri pignoris obligatio salua manẽte principali obligatione, cui pignus accessit? Imò verò facilius est, vt principalis obligatio pereat quàm vt obligatio pignoris, quippe quæ suas illas perpetuas habet conditiones quas suprà diximus, si solutum non sit vel aliter eo nomine satisfactum *d. l. grege 13. §. etiamsi D. de pignor. l. si rem 9. §. omnis pecunia De pignor. act. d. l. debitor 59. ad SC. Trebell. d. l. pen. §. 1. De except. rei iudic. l. cùm quis 38. §. vlt. D. de solut.* Quæ ratio & sententia est *l. 2. C. de luit. pign.* à Iacob. Cuiacio malè explicata *lib. 15. Obseru. cap. 23.* Quãquam & illud fieri interdũ põt vt pignoris obligatio finiatur antequàm personalis actio sublata sit, Nõ solùm si creditor vltrò discedat à pignore, qui frequentior modus est liberandi pignoris siue voluntas illa expressa sit siue tacita *l. 4. §. 1. l. 5. l. sicut 8. §. sed si permiserit & §. non videtur l. voluntate 10. & pass. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Sed etiam si fortè rei pignoratæ dominium sibi acquisierit creditor. Nã cùm nemini res sua possit esse obligata *l. neque pignus 45. De regul. iur.* apparet non posse pignus perseuerare creditore domino consutuito, vt ait Paulus *in d. l. pen. §. 1. De except. rei iudicat.* vbi tamen additur si acquisitio illa dominij non fuerit irreuocabilis, sed per subsecutam posteà euictionem reuocata sit, non eò minùs durare hypothecam iam quæ tamen cùm ressuscitatur hypothecã quoque restitui necesse est quę per confusionem, &, vt loquuntur, cõsolidationem finita videbatur. Proinde nõ potest verum esse quod scriptum est *in d. l. eleganter, finitum videri ius pignoris*, potiùsque scribi debuit finitũ quidem fuisse per acquisitionem dominij sed secuta postmodùm euictione finitum numquam fuisse videri, quod verum sit neque solutam pecuniam neq; aliter eo nomine satisfactum fuisse, quemadmodũ ratiocinatur Paulus *in d. l. pen. §. 1.* Nam si replices pro Bartolo & Baldo *ad l. libera 8. C. de sent. & interloc. omn. iudic.* non tantùm per confusionem extinctũ fuisse pignus, sed etiam per interpretationem dominij quæ dationis in solutum vim habeat. Dicam, Secuta euictione nullam posse vim esse huiusmodi impetrationis quæ in irritum recidit, nec vllam creditori vtilitatem euicti pignoris relinquit, Cùm potestas euictionis tollat intellectum impetrationis adeóque dationis in solutum *dict. l. si patroni 55. §. vlt. D. ad SC. Treb.* Quid enim prodest impetrasse dominium pignoris aut in solutũ accepisse pignus quod hodie sit euictũ? Nisi fortè quis respondeat cum Baldo, Non desinere esse satisfactum licèt res sit euicta, quòd actio de euictione competat loco veteris actionis. Sed hoc ridiculum

culum videtur. Neque enim ob id videri satisfactum potest creditori quod habeat actionem nec si iudicati actio illa sit vt disertè scribit Marcianus *in d.l.grege 13.§.etiamsi in fin.D.de minor.*Quantò minùs si eam actionem habeat quæ totam rem redigat ad initium nouæ petitionis? *l.minor 40.in princip.D.de minor.* Maximè verò si ponas priori obligationi accessisse fideiussores & pignora quæ non accesserint posteriori. Vt negari non possit quin plenior fuerit obligatio prior cùm actio de euictione nullam habeat hypothecam, nullosque fideiussores nisi cùm id expressè actum est *l.emptori 37.in princip. D.de euict. l. pacta conuenta 72.D.de contr.empt.*Nam & cùm quis pignus liberat consentiendo venditioni pignoris non aliter tamen pignus liberare intelligitur, quàm si venditio valeat suúmque effectum sortiatur *d.l.voluntate 10.quib.mod.pign.vel hypoth.soluit.* quemadmodum & solemus dicere, Cùm quis posterius testamentum facit non aliter videri eum à primo velle recedere quàm si posterius valeat *l. si iure 18.De legat.3.* similiter & cùm dicimus videri satisfactum creditori qui contentus fuit pignora possidere iure dominij & in creditum quasi cum eo de credito translatum intelligatur *l.à Diuo Pio 15.§.si pignora D.de re iudic.*ita quidem est sed tùm demum cùm ea pignora creditori retinere liceat non si alius ei posteà euincat. Et rursus quemadmodum fatetur Baldus in specie *dict. l. libera*, non fuisse sublatam priorem obligationem per dationem in solutum mulieris liberæ,non tantùm quòd esset libera & extra commercium,sed etiam quòd nihil omnino iuris in ea debitor habuisset, vt proinde ipso iure nihil solutum dici posset, Ita & in proposito quidni dicere liceat impetrato iure dominij in re pignorata quæ fuerat aliena aut dato in solutum pignore rei alienæ nec satisfactionem nec dationem in solutam vllam factam intelligi; cùm in illa re nihil omnino iuris vnquam habuerit debitor, non magis quàm si de libera muliere in solutum data tractaretur? Etsi enim hoc interest inter mulierem liberam & rem alienam datam in solutum quòd mulier libera extra commercium est, Res autem aliena non item,cùm etiam vendi possit *l.rem alienam 28.D.de contr.empt.* Quid tamen simile aut commune habet quòd res sit in commercio, cum satisfactione quæ debetur creditori? Aut quid creditori prodest habuisse in solutum rem quæ sit in commercio quidem, sed quæ sit ei euicta;& cuius nulla vtilitas penes eum remanserit? Aut denique in quo dici obsecro potest plus iuris habere debitorem in re penitus aliena quàm in muliere libera in solutum data? Atqui tractat Vlpianus generaliter *in dict.l.eleganter*, de re pignorata cuius dominium impetrauerit creditor à Cæsare,vel quam in solutum acceperit à debitore:Nec aperit an dominij an potiùs pignoris iure euicta sit.Ex quibus potissimùm duabus causis euictio sequi solet *l.si quis mancipium 34.§.vlt.& l.seq.D.de euict.*Ergo procedit Vlp.sententia illo etiam casu quo pignus euictũ sit iure dominij, ac proinde quo nihil omnino iuris habuerit debitor in re pignorata, Ne quis fortè vt obiectionem nostram diluat comminisci velit restringendã Vlpiani sententiam ad eum casum,quo debitor aliquid iuris in ea re habuerit puta dominij vel pignoris:quę species difficilius admittit euictionẽ.Neq; verò actio ipsa ex empto quæ ob euictionẽ cõpetit alia ex empto actio est quàm quæ competebat ad rẽ tradẽdã priusquàm traderetur,sed eadẽ illa tãquã ex vno eodémq; emptionis cõtractu descẽdẽs,licèt detur ad aliũ finẽ,sc.ad id quod interest nõ vt tradatur iterũ quod iã semel traditũ est nec amplius post secutã euictionẽ tradi põt.Nã cùm nõ possit res euinci nec ꝑinde nasci actio de euictione antequàm sit res tradita *l.si quod à te 61.& seq. D. de euict.* Necesse est eandem ex empto

ctionem quæ ex contractu emptionis oritur, dari primùm ad hoc vt res tradatur, deinde vbi tradita & euicta est, ad hoc vt præstetur quanti emptoris interest venditorem eius rei dominum fuisse *l. venditor* 8. *eod. tit.* Cæterùm nemo dixerit ob id videri recessum à contractu venditionis quod euictione secuta sit agendum ad id quod interest. Quinimò non alia de causa datur ex empto actio ad id quod interest aduersus venditorem, quàm quòd venditor rem tradendo obligationi quidem tradendi satisfecerit, sed non ideò tamen contractum impleuerit, nec emptori satisfecisse absolutè dici possit; Adeò distat vt actio de euictione pro satisfactione, quod Baldus credidit, haberi debeat. Similiter igitur dicamus, Euicto pignore cuius dominium fuerat impetratum à Cæsare aut quod datum fuerat in solutum à debitore, pignoratitiam actionem contrariam eandem durare, quæ competebat antequàm impetratum esset dominium, aut facta datio in solutum, ob id solùm quòd aliena res pignori data esset, vt disertè scriptum est *in l. si rem* 9. *in princip. & d. l. tutor* 16. *§.* 1. *D. de pignor. act.* Nam & in actione pignoratitia hoc amplius est quàm in actione ex empto quod etiamsi vendita sit & tradita res aliena aut alij obligata, non ideò tamen agi ex empto potest ante secutam euictionem *l.* 3. *C. de euict.* Imò nec si mota sit iam rei controuersia, nisi ad hoc vt res defendatur *l. antep. §. mota quæstione D. eod.* At pignoratitia actio contraria nascitur creditori statim atque aliena res pignori data est, licèt nondum fuerit euicta, quoniam exinde certum esse incipit pignus in ea re contrahi non potuisse *tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit l.* 1. *D. de pignor.* Nisi sub condicione si debitoris facta res fuerit *l. si fundus* 16. *§. aliena res eod.* aut voluntate domini obligata sit *l. aliena res* 20. *De pignor. act.* cùm tamen valeat interim venditio rei alienæ *d. l. rem alienam.* Nimirum quia nec ad alium finem pignus datur, quàm vt ius aliquod in ipsa re acquiratur creditori quo magis ei cautum sit, Ius autem constitui nullum potest ab eo qui in ipsa re nihil planè iuris habeat. Ergo si in actione quoque ex empto ita comparatum est, vt quæ per traditionem à venditore factam extincta & finita videbatur, duret tamen secuta euictione ad hoc vt venditor in omne id quod emptoris interest condemnetur *l. si in venditione* 60. *D. de euict.* Multò magis dicedum est pignoratitiam contrariam quæ per traditionem pignoris rei alienæ non tam extinguitur, quàm nascitur, eandem durare post euictionem, etiamsi impetratio dominij intercesserit aut datio in solutum. Quid enim noui iuris adferre potuit impetratio dominij aduersus eum facta qui dominus non fuerit aut datio in solutũ à non domino celebrata? An illud fortè quod nõ potuerit perseuerare pignus domino cõstituto creditore *d. l. pen. §.* 1. *De except. rei iudic.* Atqui hoc tùm verè dicitur cùm creditor verè factus est dominus quod non potest contingere cùm debitor aduersus quem impetratio facta est aut qui pignus in solutum dedit dominus non fuit, quo casu non pignus tenet rei alienæ, sed eo tantùm casu quo pignori data est res propria debitoris quæ tamen alij creditori fuerat ante obligata. Nam euictio quæ fit per quasi Seruianam non impedit, quominùs pignus ab initio constiterit, Nec proinde facit quominus per confusionem extingui potuerit. Sed facit etiam vt sublata confusione per euictionem ressuscitetur pignus, quod non tam extinctum fuerat, quàm cessauerat durante impedimento. Quòd si Vlpianum velis intelligere de hoc pignore quod debitor dederit rei quidem propriæ sed alij obligatæ, quæ postmodum euicta sit ab anteriore creditore. Erit quidem hæc interpretatio licet restrictior, tamẽ conuenientior illis verbis legis *& videtur finita esse pignoris obligatio*, cùm non possit finita videri

deri quæ nunquam initium habuit *l. Titio vsusfructus 96. De condict. & demonst.* Sed tantò minùs verum erit quod sequitur in textu videri recessum à primo cōtractu. Numquam enim recessum intelligitur à primo per secundum nisi cùm secundus tenet *dict. l. voluntate d. l. si iure.* Nec si nouandi animus adfuisse proponatur *l. 1. §. 1. D. de nouat.* Non autem tenet impetratio dominij nec datio in solutum eius rei quæ per hypothecariam euinci adhuc possit *dict. l. si rem 20. l. si creditor 26. l. si quis aliam 46. d. l. qui res 98. De solut.* Prius enim est vt aliquo tēpore debitor rem in solutum datam perfectè fecerit accipientis, id est irreuocabiliter quàm vt ex eo contractu liberationem consecutus dici possit, quemadmodum Africanus ratiocinatur *in d. l. cùm quis 38. §. qui hominem eod. tit.* Porrò cùm res tandem euincitur, siue dominij, siue pignoris iure apparet ex postfacto nullo eam tempore perfectè factam fuisse accipientis. Apparet igitur ex euentu numquam fuisse liberatum debitorem, nec à priore contractu creditorem vnquam recessisse, vt *in dict. l. qui res & dict. l. rescriptum 10. §. 1. in fin. D. de distract. pignor.* Me ratio quoque illa mouet, quòd etiam admisso eo, vt finita sit pignoris obligatio per impetrationem dominij aut dationem in solutum, non esset tamen bona consecutio, vt ob id minùs danda esset creditori pignoratitia contraria. Cùm neque directa pignoratitia priùs nascatur, quàm pignus finitum sit & solutum per debiti solutionem aliámve satisfactionem *dict. l. si rem 9. §. omnis pecunia D. de pignor. action.* Cur ergo pignoratitia contraria eo minùs competet, quòd finita sit pignoris obligatio, cùm ad eam inducendam non solùm non requiratur, vt pignoris obligatio finita non sit, sed neque vt aliquando inceperit, Putà si res aliena pignori data sit, sed sufficit, vt de pignore conuenerit, & agatur de indemnitate creditori præstanda *dict. l. si rem in princ. & dict. l. tutor 18. §. 1. eod. tit. De pignor. act.* Imò requiritur vt pignus ampliùs nullum sit, quia quandiu durat pignus, neque directa pignoratitia locum habere potest, neque contraria, nisi cùm debitor dedit pignori rem suam quidem, sed alij obligatam, siue sciens obligatam, siue ignorans, quia non excusat eum ignorantia nisi quantū ad crimē stellionatus *d. l. tutor 18. §. 1. l. & quæ nondum 15. §. qui res suas D. de pignor.* quamuis nō eò minùs pignoris secundi datio valeat & duret, cùm possit secundus creditor confirmare pignus suum offerendo priori quicquid ei debetur *l. 1. & pass. C. qui potior. in pignor. hab. l. 1. Cod. si antiq. credit. pign. vendid.* Sequitur apud Vlpianum aut potiùs apud Tribonianum, *Imò vtilis ex empto accommodata est.* Hoc verò rursum quoque falsum est. Nullam enim legem proferre possis quæ creditori vtilem actionem ex empto accōmodet post secutam euictionem rei, cuius dominium fuerat impetratum à Cæsare si hanc vnam tollas. Nam neq; emptioni aut venditioni simile quicquam habet impetratio dominij cùm non alio casu dominium pignoris impetrari possit quàm quo pignoris venditio publicè proscripta sit, nec inuentus quisquam fuerit qui emere voluerit. Potest enim creditor quilibet pignus vendere iure creditoris, sed emere non potest nisi debitor vendat, vel alius nomine debitoris, puta iudex qui exequitur iudicatum. Nullo siquidem existente extraneo emptore aut minùs iustum precium offerente, creditor quidem inuitus ad licitationem accedere non cogitur sed si accedat vice extranei cujuslibet emere ex officio debet vt scriptum est *in l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* quia nimirum eo casu nō creditor qui vicit, sed iudex ipse pro debitore intelligitur vendere, & factum iudicis censetur factum non creditoris, quo postulante fit venditio, sed debitoris, cui solutio proficit *l. 1. eod. l. si ob causam 13. C. de euict. l. si plus vel minus 74.*

§.1.*D.de euict.* Alioqui non posset fieri vt quis eiusdem rei eodémque respectu & emptor esset & venditor *l.1.D.de rer.permut.l.5.§.item ipse D.de author.tutor.* Nemo igitur verè dixerit actionem ex empto aliquam siue directam, siue vtilē accommodatam esse aut accommodandam ei creditori, qui ex cōcessione Cæsaris ius dominij pignoris impetrauerit. Quænam enim esse potest ex empto actio siue directa, siue vtilis, vbi nulla neque emptio, neque quasi emptio intercessit? Quare nec vllibi scriptum reperias creditorem qui ius dominij in re pignorata impetrauit, videri pignus possidere in solutum, sed potiùs in creditum, id est vice crediti, vt loquitur idem Vlp. *in l.à Diuo Pio 15. §.si pignora De re iudic.* licèt ibi loquatur de creditore non qui ius dominij impetrauerit à Principe sed cui pignus addictum sit in executione iudicati quem lex ait veluti pacto transegisse de credito, ideóque superfluum petere non posse, ita vt si petat, repellendus sit exceptione taciti pacti. Nam si addictio illa pignoris in creditum haberet vim dationis in solutum, vtique tolleretur ipso iure obligatio, neque vlla pacti exceptione opus esset ad summouendum creditorem superfluum petentem. In eo autem qui ius dominij à Principe impetrauit, res apertior est, possideri eo quoque casu pignus in creditum non in solutum. Cùm ex Iustiniani constitutione *in d.l.vlt.C.ill.tit. De iur.domin.impetr.* supersit creditori petitio debiti si plus sit in debito quàm in æstimatione pignoris, sicut & debitori repetitio superflui si plus sit in æstimatione pignoris quàm in credito. Quorum neutrum verè diceretur si impetratio illa dominij censeretur iure dationis in solutum. Tunc enim liberatus esset debitor ipso iure, nec inspici oporteret, an plus esset in debito quàm in pignore, an minus, quia pignus veluti pro toto debito vēditum videretur, vt à nobis disputatum est pluribus Decade 56. Ex quo etiam apparet quàm alienum sit, quod sequitur *in l.eleganter, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit.* Quasi verò possidere pignora iure dominij ex concessione Cæsaris, Et ea in solutum accepisse sint paria. Quod perinde sanè est ac si diceres permitti creditori à Principe vt sibi ipsi det ille pignus in solutum, aut quod effectu ferè idem est vt creditor sibi ipsi pignus vendat. Ergo quamuis Imp. Antoninus *in d.l.si prædium 4. C.de euict.* vtilē actionem ex empto accommodauerit creditori tamquam emptori ad omne id quod ipsius interest euicto pignore quod datum fuerat in solutum [nec enim aliud rescriptum est de quo sentire Tribonianus potuerit cùm dixit accommodatā esse creditori vtilē actionē ex empto. Non debuit tamē Tribonianus ex eo sumere argumentū vt diceret eandem actionē accōmodatam esse ad hunc quoq; casum quo creditor impetrauerit à Cæsare vt pignus iure dominij possideret. Cùm sint casus omnino diuersi nō solùm circa facti speciem, sed etiam quod præcipuū est diuersam habentes iuris rationē, Vt proinde quod in vno casu constitutū est ab Antonino, non possit dici cōstituendū in alio. Tantùm abest vt iam in alio quoq; constitutū dici possit: Satísq; Triboniano esse debuerat scribere, *Imo vtilis ex empto accōmodanda est*, non quomodo scripsit *accommodata* pro facto habēs quod nec factū nec faciēdū fuit. More scilicet ei familiari vt Imperatorū rescripta ad certos casus accōmodata protrahat ad alios casus tāquā similes qui tamē omnino sint dissimiles, vt ab eo factū esse *in l.Pannonius 86. D.de acqu.hered. & in l.mulier.22.ad SC.Treb.* & aliis plerisq; locis docuimus in Coniecturis. Addit Tribonianus *vt in quātitatē debiti ei satisfiat, vel in quantū eius intersit.* Et hoc quoque malè. Nā si per impetrationē dominij à Cæsare adeóq; per dationē in solutū à cōtractu recessum est ita vt sublata sit prima obligatio nec supersit nisi a-

ctio

ctio vtilis ex empto, vt interpretes omnes intelligũt, nõ iam de quãtitate debiti tractandũ amplius est cùm tota causa debiti quasi solutionis potestate sit extincta, sed tantùm de eo quod interest præstãdo, in quo & cõtinebitur quantũ aliquãdo debitũ fuit, sicuti cùm ex empto agitur de euictione *l. si in venditione 60. D. de euict. l. in interdicto 6. vnde vi d. l. 1. D. de act. empt.* Nec rursus debuit Tribonianus inter hæc duo disiunctionem ponere, quasi in creditoris electione & arbitrio sit an velit ex empto agere vt in debiti quantitatẽ ei satisfiat, an potiùs vt quod ipsius interest præstetur, Cùm ei vtrũq; debeatur, & summæ quæ fuit debita restitutio & præterea quãti interest ipsius euictũ pignus nõ esse. At hîc rursum Triboniani inscitiã & imprudẽtiã illud detegit, quod obligat debitorẽ vt creditori prçstet, quãti eius interest. Cõstat. n. id quidẽ obtinere cùm debitor pignus in solutũ dedit, quod posteà euictũ sit, sed non similiter, cùm euictũ pignus est quod iussu iudicis iudicatũ exequẽtis venditũ fuit in executione iudicati. Etsi. n. hoc casu tenetur debitor de euictione perinde acsi ipse vendidisset quoniã precij solutio ei proficit vt suprà diximus *ex l. si ob causam 13. C. de euict.* Nõ tamẽ vsq; adeò habetur debitor pro vẽditore vt obligetur de euictione ad id omne quod emptoris interest sed tãtũ vt teneatur ad restitutionẽ precij cum vsuris, vt disertè scriptũ est *in d. l. si plus 74. §. 1. D. de euict.* Nẽpe quia verũ est cũ non vendidisse, nec nisi inuitũ pro eo haberi qui vẽdiderit quoniã & iudicium redditur & sentẽtia fertur & iudicati executio fit in inuitũ, quæ res facit vt mitiùs cum eo agi oporteat quàm si pignus vẽdidisset aut in solutũ dedisset. Neq; hoc Bartolus negat, sed hinc notat subtiliter si Diis placet factũ iudicis nõ esse factũ partis in omnibus & per omnia, sed factũ Principis cẽsendũ esse omnino factũ partis quòd beneficia Principũ, inquit, latissimè sint interpretãda. Itaque multũ hac parte referre arbitratur, an pignus vẽditũ sit à iudice, an verò ius dominij pignoris impetrauerit creditor à Cæsare, vt hoc posteriore casu teneatur debitor, nõ tãtùm ad restitutionẽ precij cũ vsuris, sed etiã ad id omne quod potest interesse præterea creditoris. Valde insubtiliter meo iudicio, ne dicam imperitè. Nam & cùm in executione iudicati pignus venditur, quod iudiciale appellamus, potest authoritas Principis interuenire, adeóque esse necessaria ad hoc vt pignoris dominium non modò bonitarium sed etiam quiritiarium addicatur creditori si fortè per calliditatem debitoris emptor nullus inueniatur *l. vltim. C. si in caus. iudic. pignor. capt. sit l. ordo 3. C. de exec. rei iudic.* Et tamen secuta euictione non magis eo casu danda erit actio creditori contra debitorem in id quod interest supra precium vsurásque precij, quàm si Principis authoritas non interuenisset. Nec enim vnquam beneficia Principum tam latè interpretanda sunt vt in alterius vergant iniuriam *l. nec auus 4. Cod. de emancip. liber. l. vltim. D. rem pupill. saluu. for. l. ex facto 43. De vulg. & pupill. subst.* An verò durior fieri debitoris condicio debet ob id quod in iudicati executione Princeps authoritatem suam interposuerit? An eo magis verum erit venditorem vltrò pignus vendidisse aut in solutũ dedisse, vt extranei cuiuslibet vẽditoris iure cẽseri debeat, cùm nihil ipse fecerit nisi quod iudicati executionẽ vel inuitus passus est, quam impedire nullomodo potuit? Sed & in eo errat Bartolus quod pignus cõuẽtionale cũ iudiciali cõfundit, & impetrationẽ dominij à Cæsare cũ addictione dominij quæ in executione iudicati fiat à iudice ex authoritate Cæsaris. De addictione illa dominij loquũtur Impp. *in d. l. vl. C. si in causs. iud. pign. capt. sit, & d. l. 3. C. de exec. rei iud.* De impetratione verò dominij pignoris

conuentionalis *tot.tit.C.de iur.domin.impetr.* & Tribonianus *in dict. l. eleganter.* Cuius certè impetrationis factæ in pignore conuentionali longè alia ratio est, quàm sit addictionis factæ per iudicem in pignore iudiciali. Nam si tùm quoque cùm factum iudicis interueniente Cæsaris authoritate est factum partis, non tamen tenetur debitor vtili actione ex empto ad id omne quod interest creditoris cui addictum pignus est, non magis quàm ad id quod interesset extranei emptoris cui in executione iudicati venditum pignus fuisset, quid causæ est obsecro, cur durior esse debeat condicio debitoris impetrato à Cæsare dominio pignoris conuentionalis postmodum euicti, cùm hoc casu nullum penitus debitoris factum intercedat, neque verum, neq; fictum, nec possit videri creditor emisse pignus quod ille solus potuit & debuit vendere iure creditoris non etiam iudex, non Cæsar ipse ante debitoris condemnationem. Denique impetratio hæc dominij pignoris conuentionalis, numquam locum habet nisi ex necessitate & in subsidium venditionis quam facere creditor potuerat iure creditoris, si emptorem inuenisset. Quo nullo existente, non potest creditor loco extranei emere, ne à seipso emere videretur. Quod dissimile est cùm in iudicati executione pignus venditur quia tunc licèt postulante creditore fiat venditio, non tamen ab ipso creditore fit sed à debitore per mediam personam iudicis repræsentantis factum debitoris inuiti quidem, sed iam condemnati. Itaque horum omnium casuum is ordo & ea distinctio esse debet, vt debitor qui vel extraneo pignus conuentionale vendidit vel in solutum dedit creditori, si posteà secuta sit euictio, duriùs teneatur de euictione quàm qui pignus iudiciale extraneo vendi à iudice aut creditori addici passus fuit, etiam interueniente Cæsaris authoritate. Ille enim qui vẽdit ipse, aut dat in solutum tenetur vtili actione ex empto non tantùm ad reddendam quantitatem debitam sed etiam in omne id quod præterea interest creditoris *dict. l.4. Cod. de euict.* Hic verò non quanti creditoris interest sed ad precium duntaxat, & precij vsuras *dict. l. si plus 74. §.1. D. eod.* Qui autem neque vendidit ipse neque in solutum dedit, neque aut extraneo vendi à iudice iudicatum exequente aut creditori ipso in creditum addici passus est, sed solùmodò in solutione cessauit per tãtum temporis vt creditor ius dominij à Cæsare impetrauerit. Hic certè euicto quãdocumque pignore nullomodo tenetur ex empto de euictione ne quidem ad precium vsurásque precij quod nullum est, sed recidit in obligationem primam, & pignoratitia actione contraria potest perinde conueniri ob id quod rem alienam aut alij obligatam in pignus dederit, atque si creditor ius dominij in eo pignore numquam impetrasset *dict. l. si rem.* Quid enim est quod debitor hoc casu vendidisse videri possit cùm nihil sit quod creditor emere potuerit, quippe qui non emendi ius vllum habuerit, sed tantùm vendendi, quíque ius impetrandi dominij non alia de causa habuerit quàm quia pignoris emptorem nullum inuenerit. Non enim bona consecutio est in pignore conuentionali, vt quia emptor alius non reperitur, possit creditor sibi ipsi pignus vendere aut in solutum dare, cùm nulla id ratione fieri possit. Sed in pignore tantùm iudiciali id obtinet, quia licèt postulante creditore eodémque victore vendatur, non tamen creditoris nomine venditur, vt diximus, sed debitoris, ideóq; à creditore emi potest, ac proinde eodem iure censeri quo si pignus illud venditum à debitore fuisset creditori.

ERROR

ERROR NONVS.

An euicto pignore quod datum fuerat in solutum ressuscitentur pignora. Et qui per transactionem datio in solutum facta sit.

EXPLICATIONIS difficilioris est quod apud Vlpianum *in dict. eleganter* 24. in fine responsi scriptum est, *& compensationem habere potest creditor si fortè pignoratitia vel ex alia causa cum eo agatur.* Nam si verum est quod sub Vlpiani nomine in præcedentibus scriptum legimus, Videri recessum à priore contractu per impetrationem dominij à Cæsare, Quomodo fieri potest vt creditor ab eo tempore conueniatur pignoratitia actione? Etsi enim non priùs pignoratitia competere debitori aduersus creditorem potest, quàm finita sit pignoris obligatio solutione aut alia satisfactione *l.si rem 9.§.omnis pecunia D.de pignor.act.* Attamen cùm pignoratitia non aliunde nascatur quàm ex contractu pignoris *l.1. creditor D.de oblig.& act.* Vnde & à Papiniano dicitur dari de pignore *in l.p. de pignor.act.* fieri certè nequit, vt competat ex eo cõtractu pignoris à quo fuerit recessum. Auget verò dubitationem, quòd ponimus hoc pignus cuius dominium creditor impetrauerat à Cæsare posteà euictum fuisse, siue quòd res pignorata esset aliena, siue quòd alteri esset obligata. Quænã enim actio pignoratitia superesse potest debitori contra creditorem cui pignus euictũ fuit, qui que eo nomine pignoratitiam contrariam habere aduersus debitorem possit tanquam deceptus *d.l.si rem in princip.& l.3.& d.l.tutor 16.§.1. eod.tit.* Aut quo frõte possit debitor vrgere restitutionem pignoris quòd euictum fuisse nec creditoris potestate amplius esse appareat? Quis denique iudex propitiis auribus debitorem audiat agentem pignoratitia de ea re quæ non tantùm euicta sed etiam cuius nomine ipse de euictione teneatur? *vulg.l.vindicantem* 17.*l.S.* 73.*D.de euict.* Bartolus post Accursium sic intelligit vt quamuis debitor pignus dederit creditori in solutum, non tamen amittat actionem pignoratitiam aut quam habeat aliam putà legis Aquiliæ contra creditorem ob aliquod damnum quod creditor dederit in pignore. Sed hæc interpretatio nimis iudicio meo improbabilis est. Quomodo enim potest legis Aquiliæ actio ei cõpetere qui dominus non fuit, quiq; rem aliena pignori dedit quam posteà dominus euicerit *l.liber homo 13.in prin.& §.si seruus & pass.ad leg. Aquil.* Aut quis credat eum qui pignus dederit in solutũ creditori aliquam actionẽ sibi saluam relinquere voluisse de dãno quod in eo pignore anteà creditor dederat: Ita enim fieret vt ea causa posset ille ipse pignus euincere quod in solutum dedisset: Quod certè ferendum non est, ne tùm quidem cùm is qui pignus vendidit aut in solutum dedit non tenetur de euictione, vt *in l.etsi iure 10. D.de distract.pignor.* Multò minùs si teneatur vt hic debitor de quo tractamus, Nam qui dat pignus in solutum suo creditori, transegisse de omni eo videtur, quod ob illius pignoris causam vel petere potuit vel præstare debuit *arg.l.à Diuo Pio 15.§.si pignora D.de re iudic.* Sed & cùm non alij dentur actiones quàm ei cuius interest *l.3.§.1. l.stipulatio ista 38.§.alteri De verbor.obligat.* planè non video quid interesse possit debitoris post euictionem dati pignoris, siue ideò euictum sit quòd aliena res pignori data fuerat: qui casus nullam penitus habet dubitationem, siue quòd anteriori alij creditori iam fuerat à domino anteà obligatũ. Nã & cùm damni

aliquod in pignore datum est siue à debitore ipso, siue etiam ab alio, creditoris solius actio est cuius potissimū interest ne pignoris deterior condicio fiat, vnde est quod etiamsi pignus furto subtractum est, soli tamen creditori actio furti cōpetit & quidem in solidum, id est non credito tenus, sed in totam æstimationē rei subreptæ, Licèt omne id quod excedit debitū cogatur ille subinde restituere debitori pignoratitia actione *l. creditoris 15. D. de furt.* Ergo & de deterioratione quæ à posteriore creditore facta sit in pignore, actio competet anteriori non debitori qui rem iam vni obligatam alij obligauit. Nam quidni cōpetat creditori euincenti potiùs quàm debitori cuius potiùs damno cedit euictio? Nec tēperare sibi potest Castrēsis quin exclamet esse hanc Accursij opinionē valde notabilem & quæ alio nullo iuris loco probari possit, & de qua magnā manum facere [sic enim loquitur] quilibet debeat, vt si dedisses dānum in re tibi pignorata sicuti incepisti mihi teneri pignoratitia, licèt illā rem dem tibi posteà in solutum, remaneas tamē obligatus ad illud interesse adeóq; etiāsi illa res à te euincatur. Nam non propterea, inquit, reputatur aliena quantum ad hoc vt mihi non competat actio pro deterioratione. Ita Castrensis omnino sic legendus & emendandus, cum quo dicerem libenter esse hoc non modò mēti tenendum sed etiam habendum pro mirabili si esset verum. Sed quanam obsecro ratione possit quis id verum credere? Neque verò ipse vt puto Accursius aut Bartolus, & Castrensis aliíque interpretes vnquam credidissent, si quam aliam probabiliorem legis sententiam excogitare potuissent. Ego verò qui totū hunc locum Vlpiani à Triboniano corruptum fuisse arbitror, facilè coniicio, quid Vlp. senserit, & huius vltimæ clausulæ optimum sensum esse video, si cum eo quod Vlpianus scripserat, non cum Triboniani sensu conferatur. Nam cùm Vlpianus ad propositam quæstionem respondisset haud dubiè, Contrariam actionem pignoratitiam competere creditori cui euictū est pignus cuius dominium impetrauerat ille à Cæsare, siue dominij, siue anterioris pignoris iure secuta euictio fuisset, *ex l. si rem alienam 9. in princ. & d. l. tutor. 16. §. 1. eod. tit.* Monuit & subiecit non tantùm posse creditorem vltrò eiusmodi actione experiri sed etiam si primus conueniatur pignoratitia vel qua alia de causa, posse illum compensare, atque ita per oppositam compensationis exceptionem retinere id ipsum omne quod per pignoratitiam contrariam petere & consequi potuisset. Cui enim damus actionē multò magis damus exceptionē ex vulgari iuris regula. Admittit ergo Vlpianus, Etiam post euictionē pignoris durare pignoratitiā nec tantùm contrariā sed etiam directā. Quod ait de contraria neq; nouum, neque mirū est. Nam quemadmodū actio ex empto quæ ante traditionē rei vēditæ cōpetebat emptori ad hoc vt res traderetur, eadē post factā quoq; traditionē si modò sit secuta euictio durat adhuc in id quod interest, vt suprà diximus *ex l. empto 11. §. 1. D. de act. empt. l. si in venditione 60. D. de euict.* Ita & contraria pignoratitia quæ competit creditori cui res aliena vel alij obligata pignori data est, etiam priùs quàm res euincatur, in id scilicet quod interest creditoris *d. l. si rem 9. in princ. & in fin. d. l. tutor 16. §. 1. D. de pignor. act.* Quidni durabit ac multò magis competet secuta euictione? Sed quod addit Vlpianus de pignoratitia directa debitori data contra creditorem cui pignus euictum est, difficilius sanè videtur, & cùm non possit eo sensu accipi quem post Accursium interpretes sibi finxerunt necessariò ita accipiendum est, vt hic creditor habuerit pignori à debitore alias res præter eam cuius dominium impetrauerat à Cæsare & quam ponimus euictam fuisse. Itémque vt debitor qui sciebat impetrationem illam

domi-

dominij fuisse irritam ob secutam euictionem, totam debiti quantitatem suo creditori obtulerit, atque ita pignoratitia agere cœperit, ad restitutionem non fundi euicti sed aliorum pignorum siue bona debitoris omnia generaliter vt fit essent obligata & quædam ex iis tradita, siue plura specialiter, sed quorum dominium impetratum à Cæsare non fuisset. Quanquam enim bona debitoris vniuersa obligari poterant, Vniuersorum tamen neque possessio, neque dominium peti poterat aut impetrari *l.1. Cod. de iur. domin. impetr.* Nimirum sciebat hic debitor per impetrationem dominij vnius ex pignoribus quæ propter euictionem nullum effectum habuisset, nō fuisse liberata cætera pignora cùm creditori neque solutum quicquam, neq; satisfactum vnquam fuisset. Proinde noua solutione opus sibi esse ad repetenda cætera pignora per actionem pignoratitiam directam. De qua multò minùs dubitari poterat quin competeret debitori parato soluere omnem eam quantitatem pro qua pignorum obligatio cōtracta fuisset. Hoc igitur casu placet Vlpiano pignoratitiam quidem directam competere debitori totum scilicet debitum offerenti. Sed tamen si ea actione creditor conueniatur, dandam ei compensationem & exceptionem, id est aliorum pignorum retentionem non pro debito quod ponimus offerri à debitore, & quod oblatum esse necesse est priùs quàm pignoratitia vlla possit competere, sed pro eo quod præterea interest creditoris euictum pignus non fuisse. Contraria enim pignoratitia sicut & directa nec ad quantitatem certam competit, sed ad id quod interest *d. l. si rem §. vltim.* Negari autem non potest quin creditoris interfit supra quantitatem debiti cùm maluisset fundum pignoratum cuius dominium impetrauerat, iure dominij possidere quàm sibi debitam pecuniam habere si fortè pluris erit pignus illud quàm debitum. Neque enim Vlpiani temporibus adhuc obtinebat quod Iustin. constituit *in l. vltim. eod. tit. De iur. domin. impetr.* vt si pluris esset pignus cuius dominium creditor impetrauerat, deberet ille creditori reddere pignoratitia actione quod amplius esset in precio iusti pignoris, quàm in debito: Aut si iam olim id obtinuisse quis credat [nec enim ex legibus quas in Pandectis & Codice habemus certò id conijci potest,] tantò facilius interpretatio nostra admittenda erit, vt de ea pignoratitia directa Vlpianus senserit, non quæ pro dānis præteritis danda sit post euictionem, vt volunt interpretes, sed neque pro superfluo æstimationis pignoris quod ponimus euictū fuisse, sed pro aliis pignorib. datis nec euictis. Nam si pignoratitia directa cōpeteret etiā pro superfluo pignoris cuius dominiū impetratū fuisset à Cęsare si dominium illud euictū posteà nō fuisset, Multò magis cōpetet pro aliis pignorib. nō euictis si modò esset oblatū debitum pro quo ea pignora data essent. Illud certè dici, aut tētari nullomodo pōt, vt debitor exercere possit directā pigneratitiā pro eo ipso pignore quòd euictū fuit. Etsi.n. nō ignoro eū quoq; qui rem alienā pignori dedit posse soluta pecunia experiri pignoratitia vt disertè idē Vlp. scribit *in d. l. si rē 9. §. is quoq; De pign. act.* Absurdū tamē fuerit dicere hāc actionē debitori qui alienā rē pignorauit cōpetere post euictionē ad eam ipsam rē restituendā quæ euicta sit, & cuius nomine teneatur potiùs ipse debitor creditori pigneratitia cōtraria *d. l. si rē in prin. & d. l. tutor §. 1. eo.* Nā si alia causa nulla est propter quā cōtraria illa pignoratitia dāda sit creditori cui res aliena aut alij obligata pignori data est etiam ante euictionem, Nisi quia in eo res est vt euinci quandoque possit *d. l. si rem & d. l. tutor 16. §. 1. eodem.* An non multò maior ratio est vt eadem competat post euictionem secutā? Quis verò patiatur directam & contrariam pignoratitiam eodem respectu

competere, id est ob hoc ipsum quod pignus euictum fuerit? Itémque vt cogatur creditor id reddere quod non habet, quódque sine vllo dolo suo malo & sine culpa habere desierit *arg. l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebell.* Ergo vel tantò magis fatendum est quod probauimus in præcedentibus, totum hunc Vlpiani locum à Triboniano corruptum esse nullámque posse admittere probabilem interpretationem, vel si postrema hæc verba retinere quis velit, necessariò recipienda est nostra interpretatio, vt de ea pignoratitia siue Vlpianus, siue Tribonianus senserit quæ cōpetat debitori soluta pecunia pro aliis pignoribus recuperandis non pro eo quod euictum fuit. Qua porrò interpretatione admissa, intelligimus falsum etiam esse quod volunt interpretes, probántque potissimùm ex hac ipsa *l. eleganter*, Tam per interpretationem dominij rei pignoratæ quàm per dationem in solutum, vsque adeò finiri ius pignoris & à priore contractu recedi, vt pignora quoque omnia quæ contractui priori accesserāt liberentur, nec euicto pignore ressuscitentur. Nam si in personali quoq; actione ea sententia falsa est, vt probauimus in præcedentibus maximè *ex d. l. libera 8. C. de sentent. & interloc. omn. iudic. & d. l. qui res 98. in princ. De solut.* Quātò falsior est in hypothecaria quæ vt toties diximus perpetuas illas habet suas condiciones, Si solutum sit vel aliter eo nomine satisfactū, quibus cessantibus tenet *d. l. grege 13. §. etiamsi D. de pignor. d. l. debitor 59. ad SC. Treb. d. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Quis enim solutum aut satisfactum esse dicat propter datam in solutum eam rē quæ postmodùm euicta proponatur? Adeò vt nec aliud probandū sit tametsi nō aliena res pignori data fuerit, sed propria debitoris ac proinde cuius dominium translatum fuerit in creditorem: Etsi enim hoc casu duplex ratio subesse videtur extinguendæ hypothecariæ; Vna, quòd aliquomodo satisfactum videri possit creditori, qui eam rem in solutum accepit, saltē quādiu & euicta non est, Altera, quòd non possit pignus perseuerare post acquisitū creditori dominium pignoris, Attamen euicto quandocunque pignore cessat vtraque ratio, Et ideò quamuis expectanda sit euictio vt appareat debitorem qui pignus in solutum dedit nec liberatum fuisse nec liberari eiusmodi datione potuisse. Interim tamē in suspenso est liberatio, quia verum est euinci rem posse quod sufficit licèt nōdum euicta sit *d. l. rescriptum 10. §. 1. ad fin. De distr. pignor. d. l. si rem 20. l. qui res 98. in princ. D. de solut.* Cùm verò ex pluribus pignoribus datis vnum duntaxat vel iure dominij possessum fuit vel datum in solutum, Vna tantùm ratio est quę videatur suadere cætera quoque liberata esse, solutionis scilicet aut saltem satisfactionis potestate. Nam consolidatio hîc & confusio dominij nulla est quantum ad cætera pignora quæ in debitoris aut alterius quàm creditoris dominio remanserunt, Et tamen nec illud quidem pignus quod iure dominij possessum fuit vel datum in solutum, adeò extinguitur vt non reuiuiscat si aliqua sequatur euictio per hypothecariam ab aliquo posteriore creditore institutam, vt constat *ex l. 1. C. si antiq. credit. pign. vendid.* Non enim potest aut debet fieri durior & deterior condicio creditoris ob id quod pignoris dominium posteà sibi acquisiuerit, vt eleganter ratiocinatur Castrensis *ad dict. l. pen. §. 1. De except. rei iudic. l. in bello 12. §. si quis seruum vers. rursum D. de capt. & postlim.* Atqui si creditor anterior pignus non accepisset in solutum, non potuisset inquietari à posteriore nisi per ius offerendi. Ergo nec si pignus illud acceperit in solutum, quemadmodum nec pignus anterius tollitur cùm prior creditor dimittitur ex pecunia posterioris, si modò conuenerit vt posterior succedat in ius & locum anterioris *l. 1. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.* Sunt qui in hanc rem illud

lud etiam adferant, quod scriptum est *in l. eum qui* 17. aliàs *l. qui à debitore D. potior. in pignor. hab.* Eum qui à debitore suo prædium obligatum compara eatenus tuendum quatenus ad priorem creditorem ex precio pecunia uenit. Nec malè si in ea lege retineas dictionem *suo*, quæ tamen tanquam i ptitia & suspecta asterisco notata est; Et meliùs, meo iudicio, quia probab est loqui eam legem de extraneo, qui à debitore alieno prædium quod alij ipsi emptori fuerat obligatum, comparauerit. Alioqui non de comparato, se in solutum dato fundo lex loqueretur, neque de tuendo emptore in eam qu titatem quæ ad creditorem anteriorem peruenisset, sed potiùs in eam quæ emptori, eidémq; anteriori creditori debita fuisset. Suaues verò sunt meher le illi qui cùm negare non possint & vinculũ & ordinẽ pignoris durare, tam pignus datum sit in solutum creditori anteriori si fortè posterior aliquis ditor hypothecarius velit illud euincere. Solent distinguere an de pignore sputet creditor anterior aduersus debitorem ipsum, an cõtra posteriorem ditorem, Vt primo casu totum pignus reuera extinctũ sit nec ressuscitetur uersus debitorem, siue hypothecariam exercere velit creditor in eam ip rem pignoratam quæ data in solutum fuit, siue in alias res pro eodem del pignoratas & à debitore ipso possessas, quòd per eiusmodi dationem in so tum à priore contractu recessum sit quantum ad ipsum debitorem. Altero casu non sit extinctum pignus fauore posterioris creditoris, cui scilicet con ctus inter alios initus nõ debeat prodesse sicuti nec posset nocere. Sic enim tiocinatur Io. Petrus Surdus *Decis. Mant.* 266. vbi defendit mordicus hanc stinctionem, Nec dissimulans ita fore vt secundum hanc sententiam iden gnus habeatur pro extincto & non extincto, sed negat id absurdum esse propterea quòd diuersis respectibus id fiat. Nimirum vt sit extinctum ius pign quantum ad debitorem, non sit autem quantũ ad posteriores creditores. Q tamen ridiculum certè est. Indiuisa namque pignoris causa non patitur, q nec in aliis ferè causis licèt vt vna eadémque res diuerso iure cẽseatur *l. rem reditariam* 66. *D. de euict.* iunct. *l. eum qui ædes* 23. *D. de vsucap.* Neque verò uersitas sola personarũ potest inducere diuersitatẽ respectuũ, cùm quæritu iure pignoris quod vinculum & ius rei est, non personæ. Vnde fit vt si ex pl bus debitoris pignoratitij heredibus, vnus partem suam debiti hereditarij uerit, nulla tamẽ ex parte pignus liberetur *l. 1. & 2. C. si ex plurib. hered. debit. credit.* Cùm tamen si posset pignus hanc diuisionẽ admittere diuersis respe bus dicendũ esset, extinctũ esse pignus pro eius heredis parte qui soluisset, esse autem extinctũ pro parte illius qui non soluisset. In illo sanè sed grauiù periculosiùs errãt pleriq; pragmatici, quod sibi persuadent, si pignus datum in solutum creditori ac posteà per hypothecariam euictum fuerit à posteri creditore, deinde redierit in dominium & potestatem debitoris, aut nouæ bationes superuenerint anterioris pignoris quod in eadem re in solutum is habuerit cui euictum fuit, vt in specie *d. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Non men licere creditori rursum in eundem fundum hypothecaria agere, quasi luto omni pignore per dationem in solutum & acquisitionem dominij. M mè verò inquiunt si datio in solutum facta sit animo nouandi, vt puta per tr actionem cuius singulare ius esse creditur, vt semper nouet præcedentem o gationem. Ex Dec. *consil.* 400. & ex iis quæ nos tradidimus in nostro Co *Defin.* 2. *De transact.* Hoc enim casu nec patiuntur, vt creditor cui per tran tionem datum est pignus in solutũ, tueatur se iure pignoris anterioris adue

competere, id est ob hoc ipsum quod pignus euictum fuerit? Itémque vt cogatur creditor id reddere quod non habet, quódque sine vllo dolo suo malo & sine culpa habere desierit *arg.l.mulier 22.§.sed enim D.ad SC.Trebell.* Ergo vel tantò magis fatendum est quod probauimus in præcedentibus, totum hunc Vlpiani locum à Triboniano corruptum esse nullámque posse admittere probabilem interpretationem, vel si postrema hæc verba retinere quis velit, necessariò recipienda est nostra interpretatio, vt de ea pignoratitia siue Vlpianus, siue Tribonianus senserit quæ cōpetat debitori soluta pecunia pro aliis pignoribus recuperandis non pro eo quod euictum fuit. Qua porrò interpretatione admissa, intelligimus falsum etiam esse quod volunt interpretes, probántque potissimùm ex hac ipsa *l.eleganter*, Tam per interpretationem dominij rei pignoratæ quàm per dationem in solutum, vsque adeò finiri ius pignoris & à priore contractu recedi, vt pignora quoque omnia quæ contractui priori accesserāt liberentur, nec euicto pignore ressuscitentur. Nam si in personali quoq; actione ea sententia falsa est, vt probauimus in præcedentibus maximè *ex d.l.libera 8.C.de sentent.& interloc.omn.iudic.& d.l.qui res 98.in princ.De solut.* Quātò falsior est in hypothecaria quæ vt toties diximus perpetuas illas habet suas condiciones, Si solutum sit vel aliter eo nomine satisfactū, quibus cessantibus tenet *d.l.grege 13. §.etiamsi D.de pignor.d.l.debitor 59.ad SC.Treb.d.l.pen.§.1.De except.rei iudic.* Quis enim solutum aut satisfactum esse dicat propter datam in solutum eam rē quæ postmodùm euicta proponatur? Adeò vt nec aliud probandū sit tametsi nō aliena res pignori data fuerit, sed propria debitoris ac proinde cuius dominium translatum fuerit in creditorem: Etsi enim hoc casu duplex ratio subesse videtur extinguendæ hypothecariæ; Vna, quòd aliquomodo satisfactum videri possit creditori, qui eam rem in solutum accepit, saltē quādiu & euicta non est, Altera, quòd non possit pignus perseuerare post acquisitū creditori dominium pignoris, Attamen euicto quandocunque pignore cessat vtraque ratio, Et ideò quamuis expectanda sit euictio vt appareat debitorem qui pignus in solutum dedit nec liberatum fuisse nec liberari eiusmodi datione potuisse. Interim tamē in suspenso est liberatio, quia verum est euinci rem posse quod sufficit licèt nōdum euicta sit *d.l.rescriptum 10.§.1.ad fin. De distr.pignor. d.l.si rem 20. l.qui res 98.in princ. D.de solut.* Cùm verò ex pluribus pignoribus datis vnum duntaxat vel iure dominij possessum fuit vel datum in solutum, Vna tantùm ratio est quę videatur suadere cætera quoque liberata esse, solutionis scilicet aut saltem satisfactionis potestate. Nam consolidatio hîc & confusio dominij nulla est quantum ad cætera pignora quæ in debitoris aut alterius quàm creditoris dominio remanserunt, Et tamen nec illud quidem pignus quod iure dominij possessum fuit vel datum in solutum, adeò extinguitur vt non reuiuiscat si aliqua sequatur euictio per hypothecariam ab aliquo posteriore creditore institutam, vt constat *ex l.1.C.si antiq.credit.pign.vendid.* Non enim potest aut debet fieri durior & deterior condicio creditoris ob id quod pignoris dominium posteà sibi acquisiuerit, vt eleganter ratiocinatur Castrensis *ad dict. l.pen. §.1. De except.rei iudic.l.in bello 12.§.si quis seruum vers.rursum D.de capt. & postlim.* Atqui si creditor anterior pignus non accepisset in solutum, non potuisset inquietari à posteriore nisi per ius offerendi. Ergo nec si pignus illud acceperit in solutum, quemadmodum nec pignus anterius tollitur cùm prior creditor dimittitur ex pecunia posterioris, si modò conuenerit vt posterior succedat in ius & locum anterioris *l.1.C.de his qui in prior.cred.loc.succed.* Sunt qui in hanc rem illud

lud etiam adferant, quod scriptum est *in l. eum qui* 17. aliàs *l. qui à debitore D. potior. in pignor. hab.* Eum qui à debitore suo prædium obligatum compara eatenus tuendum quatenus ad priorem creditorem ex precio pecunia p uenit. Nec malè si in ea lege retineas dictionem *suo*, quæ tamen tanquam i ptitia & suspecta asterisco notata est, Et meliùs, meo iudicio, quia probab est loqui eam legem de extraneo, qui à debitore alieno prædium quod alij ipsi emptori fuerat obligatum, comparauerit. Alioqui non de comparato, se in solutum dato fundo lex loqueretur, neque de tuendo emptore in eam qu titatem quæ ad creditorem anteriorem peruenisset, sed potiùs in eam quæ emptori, eidémq; anteriori creditori debita fuisset. Suaues verò sunt meher le illi qui cùm negare non possint & vinculũ & ordinẽ pignoris durare, tam pignus datum sit in solutum creditori anteriori si fortè posterior aliquis ditor hypothecarius velit illud euincere. Solent distinguere an de pignore sputet creditor anterior aduersus debitorem ipsum, an cõtra posteriorem ditorem, Vt primo casu totum pignus reuera extinctũ sit nec ressuscitetur uersus debitorem, siue hypothecariam exercere velit creditor in eam ip rem pignoratam quæ data in solutum fuit, siue in alias res pro eodem deb pignoratas & à debitore ipso possessas, quòd per eiusmodi dationem in so tum à priore contractu recessum sit quantum ad ipsum debitorem. Altero v casu non sit extinctum pignus fauore posterioris creditoris, cui scilicet con ctus inter alios initus nõ debeat prodesse sicuti nec posset nocere. Sic enim tiocinatur Io. Petrus Surdus *Decis. Mant.* 266. vbi defendit mordicus hanc stinctionem, Nec dissimulans ita fore vt secundum hanc sententiam iden gnus habeatur pro extincto & non extincto, sed negat id absurdum esse p pterea quòd diuersis respectibus id fiat. Nimirum vt sit extinctum ius pign quantum ad debitorem, non sit autem quantũ ad posteriores creditores. Q tamen ridiculum certè est. Indiuisa namque pignoris causa non patitur, q nec in aliis ferè causis licet vt vna eadémque res diuerso iure cẽseatur *l. rem reditariam* 66. *D. de euict.* iunct. *l. eum qui ædes* 23. *D. de vsucap.* Neque verò uersitas sola personarũ potest inducere diuersitatẽ respectuũ, cùm quæritu iure pignoris quod vinculum & ius rei est, non personæ. Vnde fit vt si ex pl bus debitoris pignoratitij heredibus, vnus partem suam debiti hereditarij uerit, nulla tamẽ ex parte pignus liberetur *l.* 1. *&* 2. *C. si ex plurib. hered. debit. credit.* Cùm tamen si posset pignus hanc diuisionẽ admittere diuersis respe bus dicendũ esset, extinctũ esse pignus pro eius heredis parte qui soluisset, N esse autem extinctũ pro parte illius qui non soluisset. In illo sanè sed grauiù periculosiùs errãt pleriq; pragmatici, quod sibi persuadent, si pignus datur in solutum creditori ac posteà per hypothecariam euictum fuerit à posteri creditore, deinde redierit in dominium & potestatem debitoris, aut nouæ p bationes superuenerint anterioris pignoris quod in eadem re in solutum is habuerit cui euictum fuit, vt in specie *d. l. pen.* §. 1. *De except. rei iudic.* Nor men licere creditori rursum in eundem fundum hypothecaria agere, quasi luto omni pignore per dationem in solutum & acquisitionem dominij. M mè verò inquiunt si datio in solutum facta sit animo nouandi, vt puta per tr actionem cuius singulare ius esse creditur, vt semper nouet præcedentem o gationem. Ex Dec. *consil.* 400. & ex iis quæ nos tradidimus in nostro Co *Defin.* 2. *De transact.* Hoc enim casu nec patiuntur, vt creditor cui per tran tionem datum est pignus in solutũ, tueatur se iure pignoris anterioris adue

posteriorem creditorem. Apertè contrà quàm scriptum sit *in d.l.pen. §.1. De exc-cept. rei iudic.* vbi licèt non tractetur de re quæ data sit in solutum debiti, tractatur tamen de re tradita transactionis titulo, & cuius dominium fuerit trãslatum in creditorem & postea euictum. Nec eo minùs tamen respondet Paulus, durare pignus & pignoratitiam id est hypothecariam actionem, etiam contra creditorem qui euicerat, propterea quòd verum sit neque solutum fuisse debitũ neque aliter satisfactum. Quid enim possit addere datio in solutum ad acquisitionem dominij vt tantò magis pignus extinguatur? Aut quis satisfactũ dicere possit creditori qui pignoris in solutũ dati euictionem passus est? Quid denique pôt facere nouatio ad extinguendum ius pignoris in ea ipsa re quę data sit in solutũ? Etsi enim cõstat nouatione facta liberari fideiussores & pignora *l. nouatione 18. D. de nouat.* Certi tamen iuris est, si eadem pignora in secundam obligationem translata sint, videri creditorem in suum ipsius locum succedere & anterioris pignoris ordinem retinere *l.3 l. creditor 12. §. Papinianus* aliàs *l. si prior l. vlt. D. qui potior. in pignor hab.* Quantò magis dicendum est retineri eundem ordinem pignoris cõtra quoscũq; creditores ab eo qui accepto in solutum pignore id egit vt eius quoque dominiũ sibi acquireret? Nisi fortè quis putet minùs esse dominium sibi acquirere quàm nudũ ius pignoris retinere, quod absurdum sanè est. Nam vt suprà diximus non debet fieri deterior condicio creditoris hypothecarij ob id solùm quòd pignoris sui dominium acquisiuerit cùm in eo quod plus est etiam id quod minus est contineatur *d.l.1. C. si antiq. cred. pign. vendi.* vbi textus est apertissimus quem effugere pragmatici nũquam possint. Neque verò id negat Surdus *dict. decis. 266.* sed meliorem facit condicionem creditoris cui datum est pignus in solutum contra posteriores creditores quàm cõtra ipsum debitorem. In quo certè manifesto errore labitur. Quidni.n. dicamus potiùs durare hypothecariam cõtra debitorem, quàm cõtra quemlibet ex debitoris creditoribus posterioribus? Siquidẽ maior ratio semper suadet vt succurratur creditori qui & de damno vitando certat & ex contractu alieno conuenitur, quàm debitori qui ex suo facto proprio & à proprio creditore. Nec planè video qua fronte possit recusare debitor quominùs hypothecariam suscipere cogatur si ea ipsa res quam in solutum dederat euicta creditori rursum in eiusdem debitoris dominium redierit. Nam quod Iustinianus constituit *in l. vltim. Cod. de remiss. pignor.* vt pignus quod ex voluntate creditoris finitum semel & extinctum fuerit, numquam ex eo solo resuscitetur quod eadem res in debitoris potestatem peruenerit, quamuis bona debitoris omnia & præsentia & futura obligata proponantur, ad hunc casum non pertinet in quo non potest imputari creditori cur pignus remiserit quod non aliter remissum voluit, quàm si pro pignore ius dominij in ea re sibi acquireret, Potiùsque imputandum est debitori cur alienam rem aut alij obligatam & in pignus & in solutum dederit, quę ideò postmodùm sit euicta, Cùm eo nomine potuisset creditor agere contraria pignoratitia etiã nulladum euictione subsecuta *d.l. si rem 9. in princip. & d.l. tutor 16. §.1. De pign. act.* Neque pro pragmaticis facit quod afferunt ex Baldo *ad d.l. libera. in fin. C. de sent. & interloc. omn. iudic.* vbi sententiam Butrigarij improbat, qui putabat etiam illo casu quo vtilis actio ex empto accõmodanda sit ei cui euictum est pignus quod in solutum datum fuerat, priores hypothecas durare, Magisque probat vt id tùm demùm obtineat cùm data est in solutum res pro re per speciẽ cõtractus innominati, non etiam si res pro pecunia, quòd eiusmodi datio in solutum sit similis contractui nominato emptionis & venditionis. Nam apertissimum

mum est Baldum eo loco non de ea re loqui quæ ipsa in solutum data sit, se
aliis pignoribus pro eodem debito datis, Vt cōstat ex ratione illa quam ad
quòd si creditor ipse ea pignora possideret vtique pignoratitia conueniri p
tanquam cui satisfactum esset per dationem in solutum. Quis enim daret d
tori pignoratitiam in eam rem quam ipse in solutum dedisset? Ergo de aliis
gnoribus sensit Baldus non de ipso pignore in solutum dato. Quāquam nō
nus ille labitur in eo quod habet pro satisfactione dationem in solutum pig
ris posteà euicti, quando data est res pro pecunia. Cùm tamen fateatur
posse haberi pro satisfactione si res pro re data sit, & secuta fuerit euictio, q
vno casu potiùs quàm alio satisfecisse videri possit debitor qui rem alienam
alij obligatam in solutum dedit, quíque ab initio eam rem siue alienam siue
obligatam dando pignori pignoratitia actione contraria ob hanc causam c
ueniri potuisset. Quæ sanè per dationem in solutum subsecutam æquè impr
extingui nullomodo potuit, Aut quasi traditio quælibet facta siue dationi
solutum siue alio quocunque titulo etiam transactionis, vt *in d.l.pen.§.1.De
cept.rei iudic.* nō perinde habenda sit acsi facta numquam fuisset euictione c
docunque secuta; Potestate scilicet euictionis, vt sæpiùs diximus, tollente in
lectum traditionis *arg.l.si patroni* 55.*§.vlt.ad* SC.*Trebell.* Vt proinde frustr
distinguere cum interpretibus an datio facta sit an traditio, Cùm datio sine
ditione fieri nulla possit, nec inter dationem & traditionem quantum ad fac
quicquam intersit, sed duntaxat quantum ad iuris effectum, quòd per traditi
non transferatur ex necessitate nisi possessio, Dominium verò per consequ
tias si cum possessione sit coniūctum quo casu traditio euadit in dationem *l.*
ditio 20.D.de acquir.rer.domin.dict.l.ex empto 11.*§.1.D.de action. empt. l. per*
curatorem 8.*C.de acquir.poss.* Obiicitur etiam à pragmaticis quod scriptum
in l.si pro fundo.32.Cod.de transact. si per transactionem conuenerit vt pro fu
quem actor petebat prædium certis finibus liberum reus daret, & dederit, l
id prædium obligatum posteà vel alienum fuerit probatum, restaurari ta
decisam litem non posse, sed ex stipulatione si qua interuenerit, aut si no
interposita actione ciuili præscriptis verbis agi oportere: Sed nemo non vi
tractari eo loco de prædio non in solutum dato sed ex transactionis causa p
stito: qui casus longè diuersus est. Etsi enim nemo dubitat, quin etiam per t
sactionem datio in solutum fieri possit, aliud tamen est dare quid per tra
ctionem in solutum, Aliud verò pro eo quod petebatur aliquid tradere vt
se à lite & molestia liberet. Priore casu si datio in solutum per transactior
facta sit pro debito liquido & confesso, & res quæ in solutum data est euicta
instaurari quidem lis non potest, sed id quod debitum fuisse constat peri
prima actione petetur acsi nulla datio in solutum facta esset. Omnis namqu
solutum datio confessionem certam debiti antecedentis præsupponit, siue
contractu debebatur anteà, siue ex iudicato quod plerumque accidit cùm t
figitur in executione iudicati si fortè vel de eo dubitetur an iudicatū sit, vel
dicati authoritas per appellationem infringi aut quo alio iuris remedio att
tari possit, vt loquitur Vlpianus *in l.& post rem 7.§.1.D.de transact. & l.elega.*
23.§. si post D.de condict. indeb. Neque necesse est hoc casu instaurari liten
petendum id quod iam aliunde & ex alia quàm transactionis causa debea
Sufficit enim prima causa debiti quæ nō magis per trāsactionem extincta vi
potest cùm transactio ipsa continet agnitionem & adprobationem debiti
quo aliquid in solutum datum fuit, quàm per dationem in solutū, quæ pro

ſecutam euictionem effectum iuris habere nullum potuit. Posteriore verò caſu cùm per tranſactionem datum aliquid eſt non in ſolutū,ſed in vicem eius quod petebatur, & quod non erat ſine controuerſia, & ob id ſolùm vt à lite diſcederetur,vt in ſpecie *d.l.ſi pro fundo*, ſecuta euictio rei per tranſactionem datæ ſicuti litem reſtaurare non debet,odio ſcilicet litium quę nihil niſi diſcordiarum inter ciues & rixarum materiam præbent,ita neque primam actionem reſſuſcitare quæ nulla fuit certa & indubitata,neque pro ea ipſa re data ex cauſa tranſactionis,de qua ne quidem controuertebatur, neq; pro debito aliquo quod ſoluendum fuerit aut pro quo debuerit res illa dari in ſolutum , cùm tale debitum nullū præceſſerit,ſed duntaxat tanti habuerit reus carere prædio quod per trāſactionem dedit pro fundo qui petebatur, ne diutiùs pro eo fundo litigaret, vt *in l.4.§.1.De alien.iudic.mut.cauſ.fact.* Nam & obſeruandum eſt *in d.l.ſi pro fundo*, proponi factam tranſactionem,datúmque prædium non pro fundo debito, ſed pro fundo qui petebatur, ſcilicet iure dominij & per vindicationem aut ſaltem per hypothecariam:Vindicationes enim ſiue dominij ſiue pignoris nullā obligationem præſupponunt,cùm aduerſus eum ſolum dentur,qui nullo iure obligatus eſt *§.1.Inſtit.de action.* Quænam igitur obſecro fingi poſſet obligatio, quæ reſſuſcitari deberet per euictionem prædij quod alienum fuerit vel alij obligatum , Cùm obligatio nulla præceſſiſſet ? Atque ita ſanè intelligi lex illa debet. Quod autem in eadem lege ſequitur *ſi tamen res ipſas apud te conſtitutas ob quarum quæſtionem litis interceſſit deciſio, fiſcus vel alius à te vindicauit nihil petere potes*, non melius ab iis acceptum eſt qui eam illius verſiculi ſententiam eſſę putant. Vt ſi pro fundo quem petebas fundus tibi traditus ſit & reſtitutus à poſſeſſore, ac poſteà euictus nullum habeas regreſſum aduerſus eum qui reſtituit. Etſi enim hæc quoque ſententia vera eſt,quia nō ſe obligat de euictione is qui rem quam actor petit ei reſtituit, Verbis tamen legis conuenientius videtur quod& Bartolus & alij veteres voluerunt, vt hic verſiculus ad euictionem earum rerum pertineat non quæ in tranſactionis implementum reſtitutæ fuerint,ſed quæ per tranſactionem manſerint penes poſſeſſorem apud quem iam ipſo tranſactionis tempore conſtitutæ erant. Nam cùm tranſactio non niſi aliquo dato vel retento fieri poſſit *l.tranſactio 38.eod.tit.* Alterutrum ferè fieri neceſſe eſt vt vel reus eas res quas poſſidet ac de quibus litigatum & tranſactū eſt ſibi retineat aliquo viciſſim dato, Vel vt eaſdem res actori reſtituat, aut denique aliquid earū vice, ſi res ipſas quæ petebantur reſtituerit reus, & eæ poſtmodum euictæ ſint, nihil ipſe præſtat eo nomine, ſin aliæ res in earum quæ petebantur vicem datæ, Tùm verò ſecuta euictione aut ex ſtipulatu agendum eſt ſi de ea re ſtipulatio interpoſita ſit aut ciuili actione præſcriptis verbis ſi nulla ſtipulatio interuenit, ſed ſi res, quæ petebantur ab actore, penes reum eúdémque poſſeſſorem remanſerint, nihil cauſæ eſt cur earum euictionem præſtare actor debeat, quam nō promiſerit, etiamſi aliquid viciſſim à reo ex illa cauſa acceperit, Cùm non poſſit videri reus eas res ideò amiſiſſe quòd actor per tranſactionem eas penes reum manere paſſus ſit, ſed ob id potiùs quòd alienas ipſe aut alij obligatas poſſideret. De quo tamen dubitandi ratio illa ſubeſſe videbatur, quòd quemadmodum in priore legis parte reſcripſerant Imperatores, Dandam actionem ex ſtipulatu aut præſcriptis verbis contra reum actori cui euictum eſt prædium quod reus dederat pro fundo qui petebatur, Ita è contrario , idem dici deberet ſi fundus qui petebatur penes reum manſiſſet ac poſteà ei euictus eſſet vt non aliud in reo conſtituatur, quàm in actore. Sed euidens diuerſitatis ratio illa eſt, quòd æquum ſit euictione

ſecuta

secuta eius rei quam dedit is à quo alia petebatur, teneri reum qui alienam dedit, aut alij obligatam. Iniquum autem fuerit teneri similiter reo actorem ob euictionem illius rei quam actor non ipse dederit, sed tantùm penes reũ manere per transactionem passus sit, quam volebat ei anteà per litem euincere. Atque ex his totus iste tractatus explicitus sit difficilis sanè ac perplexus, De aliena re vel alij obligata in solutum data creditori & euicta. Hanc ipsam quæstionem inter Gratianopolitanæ Curiæ noua Placita nuper edita tractauit pereleganter ac subtiliter vt solet omnia clarissimus D. Claudius d'Expylli in amplissima illa Curia Consiliarius & Aduocatus Regius eloquentissimus, Vir mira & maiore nescias an eruditione an facundia inter tot tantósque Regios in Galliis Aduocatos celeberrimos præstantissimus. Nec tantùm in iis, quæ ad Iurisprudentiam nostram pertinent, quam tamen vnam præcipuo quodam vt decet ac singulari studio colit. Sed in cæteris quoque omnibus politioris literaturæ partibus ita versatus, Vt tantò feliciorem se magna illa Curia iactare hodie possit, quæ adeò illustrem Placitorum suorum enarratorem nacta est, quantò infeliciora fuerunt præterita secula, quæ veterem illum Guidonem Papiũ, magnum sanè alioquin, nec vnquam satis laudatum Iureconsultum eidem Curiæ & in easdem propemodum curas olim pepererunt.

ERROR DECIMVS.

Retractata quæstio De ratione iuris adcrescendi. Ad l. qui patri 59. D. de acquir. hered. Et de conciliatione l. triplici 142. De verb. signific. cum l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat. D. de hered. instit.

DVas in obscurissimum ac difficillimum tractatum illũ De iure adcrescendi Decades 49. & 50. integras consumpsimus vt ne quid à nobis quod ad exactissimam totius tractatus cognitionẽ pertineret, prętermissum existimaretur. Sed tamẽ supersunt duo explicanda paullò clariùs, vt doctissimis plerisque iuris nostri studiosis, qui hac de re nobiscũ ab eo tempore per literas contulerunt, pleniùs satisfaciamus: Primum est, circa rationem quæ ius adcrescendi in hereditatibus induxit: Alterum verò circa interpretationem *l. triplici 142 de verb. signific.* Paulíq; cuius illa lex est conciliationem cum Vlpiano *in l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat. D. de hered. instit.* Docuimus non aliam esse rationem quæ inter heredes etiã inuitos ius adcrescendi inducere potuerit, Quàm quia sicuti hereditas, ita & heredes personam defuncti repræsentent, quæ porrò cum indiuidua sit, repræsentari pro parte non potest. Vulgaris enim illa, quæ ab interpretibus affertur, ratio, quod alioqui pro parte quis testatus & pro parte intestatus decessisse intelligeretur, nimis euidenter falsa est, Cùm ab intestato habere locum nequeat, & inter legitimos heredes, inter quos tamen etiam inuitos perinde atque inter testamentarios iuri adcrescendi locũ esse constat *l. si ex pluribus 9. D. de suis & legit.* Nec sanè video, quid obiici possit huic nostræ sententiæ præter scrupulum illum, quem iniicit responsum Neratij *in l. qui patri 59. D. de acquir. hered.* vbi ait ille, Eũ qui patri heres extitit si idem filio impuberi substitutus est, non posse filij hereditatem prætermittere, Adcò vt etiamsi viuo pu-

pillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit, is qui heres extitit patri, pupillo quoque sit heres necessariò. Eiúsque sententiæ rationem illam statim subiungit in hæc verba, *Nam si ipsum inuitum obligat heredem* sc. patris ne possit filij hereditatem prætermittere, *Coniungi eam* nimirum hereditatem filij *paternæ hereditati, & adcrescendi iure cuicumque patris heredi existimandum est*, id est siue substitutus ipse sit, siue extiterit heres substituto, Etiam qui viuo pupillo sit defunctus. Itaque *adcrescendi iure* vt lex ait. Cùm tamē nemo possit negare duas esse hereditates patris & pupilli, Quamuis non defuerint qui dicerent, & quorū tandem sententia obtinuit, Patris & filij vnum esse testamentum *l. paterfamilias* 28. *De reb. author. iudic. possid.* aliàs *l.* 13. *De priuileg. credit.* aut saltem vnius loco habendum *l. patris* 20. *De vulgar. & pupill. substit.* tanquam secundæ tabulæ principalium duntaxat partem obtineant *l. pen. D. test. atn. quem. aper.* Sicuti nec quisquam dixit Patrisfamilias & filij impuberis post patrem defuncti vnam duntaxat esse personam, licèt quādiu filius in patris potestate est, non nisi vnius quodammodo personæ iure pater & filius censeantur, propter ius & vinculum patriæ potestatis *l. ne cum filiofamil. is* 18. *D. de furt. l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebell. l. siue emancipatis* 17. *C. de donat.* Non ergo, inquies, ex hereditatis, vt ita dicā, indiuiduitate, neque ex vnius personæ indiuiduæ repræsentatione nascitur ius adcrescendi in hereditatibus, Maximè si verum est vt est, quod in secunda huius Chiliadis parte docuimus, Tractari à Neratio casum illum quo pupillus fuerit à patre exheredatus. Quid. n. eo casu commune habet hereditas pupillaris cū paterna? Scrupulus certè non leuis est, nec ita facilis aut cuique obuia nodi huius explicatio. Sed tamen illud statim occurrit quod respondeam, Ius adcrescendi de quo Neratius loquitur, nō illud esse cuius rationem totam ex hereditatis indiuiduitate desumimus. Hereditatis namque ista indiuiduitas, nec est nec intellectu ipso concipi potest, nisi cùm vna hereditas est. At in specie quam Neratius tractat duæ omnimodo sunt, vt diximus hereditates, Et quidem eiusmodi quæ numquam iunctæ fuerunt, In quo differt casus ille Neratij ab eo, de quo Vlpianus *in l. si d. si plures* 10. *§. filio impuberi De vulg. & pupill. substit.* vbi agitur de substituto dato impuberi qui ipse patri heres extiterit, & post acquisitam hereditatem patris decesserit, vt & *in d. l. paterfamilias* 28. *De reb. author. iudic. possid.* Alia igitur ratio quærenda est quæ ad Neratij responsum accommodari possit, Sed non alia responsio, quæ nostram rationem De iure adcrescendi in cuiusque hereditate inducendo ab huiusmodi obiectione tueatur. Ratio autem si quid mei iudicij est, tota ex eo pendet, quòd licèt patris & impuberis filij duæ semper & omni casu sint hereditates quousq; per sui heredis existentiam, vt vocant, iunctæ esse cœperint, & hereditates esse desierint per aditionem hereditatis pupillaris, siue testatus vterque decesserit siue vterque intestatus. Cùm tamen pater non tantùm sibi sed etiam filio impuberi testatus fuit, vnum duntaxat iudicium est nimirum solius patris, quandoquidem filius in ea ætate iudicio carere intelligitur. Ex quo iam olim fieri Papinianus voluit, vt de inofficioso filij testamēto dicere mater non possit, quia tametsi testamentū sit filij, attamē iudicium est patris, quemadmodum ex Papiniano Vlpianus disputat *in l. Papinianus* 8. *§. sed nec impuberis D. de inoff. testam.* Nec alia ratio quærenda est quæ illud quoque tandem euicerit, vt patris & filij quamuis duæ sint hereditates, vnum tamen testamentum esse censeatur, Adeò verum est ex arbitrio & iudicio solo testantis æstimari testamentum oportere. Hoc verò ita constituto succedit statim iuris regula quæ supremi iudicij diuisionem fieri numquam patitur *l. 4. & l. 5. §. 1. De legat.* 2.

legat.2.l.eum qui 18.*in fin.D.de his qua vt indign.* Proinde consequens necessariò fit,quod vult Neratius,Eum qui patri heres extitit,si idem filio impuberi exheredato substitutus sit, Non solùm hereditatem pupilli quæ posteà obuenerit, prætermittere non posse, sed etsi viuo filio decesserit,transmissurum hereditatem ad heredem etiam inuitum, Tanquam quæ adcrescendi quodam iure paternæ coniungatur, propter iudicij paterni ex quo vtraque hereditas defertur, vnitatem. Idque est quod insinuare voluimus cùm scripsimus in Error. 7. *Decad.*31. institutionem pupillarem adcrescere institutioni paternæ, Non quasi senserimus dixisse Neratium hereditatem pro institutione heredis, Sed vt explicaremus commodiùs quo iure in hac specie pupillaris hereditas paternæ adcrescat, Nempe quia facto testamento pendet hereditas testamentaria vt & testamentum ipsum ex institutione. Quæ licèt sit duplex non minùs quàm hereditas,cùm pater sibi & filio testatus fuit etiam eodem instituto herede, Coalescit tamen in vnum,idémque iudicium patris, quod sicut vnum ita indiuiduum est: Vt proinde semper verum sit nasci ius adcrescendi ex indiuiduitate aliqua sed non ex eadem semper,At ex indiuiduitate hereditatis si de vnica hereditate agamus, Ex indiuiduitate verò iudicij si de pluribus hereditatibus, vt in casu Neratij, Replicabis fortasse, Vnum quidem esse idémque iudicium patris sibi & filio impuberi testantis,sed negari tamen non posse quin duæ sint dispositiones, quas proinde separari nihil prohiberet, si non alia quædam ratio ius hoc adcrescendi induceret, Vt scilicet pupilli hereditatem prætermittere posset,etiam is, qui paternam agnouisset,aut contrà: Quemadmodum circa legata solemus dicere,quæ licèt in eodem testamento,& ab eodem testatore data sint, Vsque adeò tamen diuersarum dispositionum iure censentur vt vnum agnosci possit repudiato altero si non sint connexa *dict.l.*5.*de legat.*2. Quomodo & hereditas repudiari potest & legatum vni ex heredibus factum,etiam totum retineri *l.qui filiabus* 17.*§.vltim.& l.seq.De legat.* 1. *l. miles ad sororem* 75. *§.* 1. *de legat.* 2. Quod igitur in diuersis legatis recipitur, itémque in hereditate & legato, quidni etiam ac multò magis in diuersis diuersorum hominum hereditatibus recipietur? Sed facilis responsio est, Aliam esse rationem plurium legatorum eodem licèt testamento relictorum, Aliam verò plurium institutionum à patre qui sibi & filio testatus sit in eandem instituti personam collatarum. Nam cùm patris & filij testamentum vnum sit ex receptiore prudentium veterum sententia, vt diximus *ex dict. l.paterfamilias* 28.*De reb.author.iudic.poss.& dict.l.patris* 20. *De vulg.& pupill.subst.* Testamentum autem quodlibet ex sola institutione æstimandum sit,virésque accipiat *l.quod per manus* 10.*& l. vltim. D. de iur. codicill.* Omnino consequens est vt vtraque institutio paterna & pupillaris pro vna haberi debeat, vtque ea ratio non minùs institutionum quàm testamenti indiuiduitatem, vt ita loqui pergam, inducat. Quod in legatis prorsus dissimile est, ex quibus testamenti substantiam æstimari nemo vnquam dixit. Longè similius est,quod prudentibus placuit,Si miles Titium heredem scripserit in bonis paganicis, Sempronium verò in castrensibus, duas quidem videri hereditates, adeóque quod magis mirum est, duorum quodammodo hominũ, ita vt in totum æs alienũ,quod in castris cõtractũ fuit,solus Sẽpronius teneatur, solus aũt Titius de omni ære alieno extra causam castrorũ cõtracto, Sed tamen si alteruter delatam sibi hereditatem metu æris alieni aut alia qualibet de causa repudiauerit,alteri inuito eam adcrescere, vt totam hereditatem vel defendere vel creditoribus relinquere cogendus sit *l.si certarum* 17.*§.*1. *D.de testam. milit.*

Nempe quia non nisi vnum testamentum est, & consequenter vnum idémque iudicium circa institutiones. Quátò magis si Sempronius esset institutus in castrensibus vsque ad decem annos, Titius verò post id temporis in iisdem bonis castrēsibus militariter substitutus, [nam & ita testari miles potest *l.miles ita* 41. *eod.tit.*] Dicendum esset non debere Titio permitti qui agnouisset bona paganica, vt repudiaret castrensia, quamuis duæ essent, eæque prorsus diuersę dispositiones. Nimirum quoniam in vnam, eandémque indiuiduam coalescunt propter vnitatem & indiuiduitatem testamenti. Atque hæc mea quidem sententia est, quæ vt tantò magis mihi doctisque omnibus probari debeat, facit authoritas viri & Iureconsulti clarissimi Clementis Viualdi hodie in Pedemōtano Senatu primarij Præsidis excellentissimi, & inter primos totius Italiæ Iureconsultos nominis & eruditionis fama præstantissimi, quem sicut habui aliquādo in Academia Taurinensi Doctorem subtilissimum, ita perpetuo amicitiæ, nunc etiam honoris vinculo, & quadam veluti dignitatis societate coniunctissimum: Cui hoc ipsum quod nos sentimus placuisse memini, cùm de quæstione ista & aliis nonnullis ad hunc tractatum De iure adcrescendi pertinentibus familiari colloquio conferremus. Subtilius ac difficilius est, quod subiicere nos oportet circa interpretationem *l.triplici* 142. *De verb.signifi. & l.item quod Sabinus* 17.§. *vnde idem tractat D.de hered.instit.* vt Paulum cum Vlpiano si fieri poterit conciliemus. Ait Vlpianus quantum ad ius adcrescendi pertinet, id est vt iam aliàs benè explicauimus, quantum ad ius prælationis inter coheredes, quoties pluribus quàm duobus institutis & vno ex iis repudiāte quæritur inter eos qui adierunt vtri repudiantis portio adcrescat, non esse coniunctos illos qui sine parte instituuntur: Paulus verò, Imò coniunctos esse adeóque re & verbis eos qui sic instituuntur *Titius Mæuiúsque heredes sunto.* Itémq; si detracto articulo *que* sic testator scripserit, *Publius Mæuius, Lucius Titius heredes sunto.* Quod ipsum quoque haud dubiè ita accipiendum est, vt quod ad ius prælationis attinet coniuncti esse intelligātur. Nec enim de iure adcrescendi vnquā inter heredes cōtendi & disceptari potest, nisi propter ius prælationis, cùm alioqui deficientem portionem omnino necesse sit etiam inuitis adcrescere quantúlibet re & verbo disiunctis. Et tamen fatendum est, supradicta formula siue copulam addas, siue detrahas, non esse Mæuium & Titium vlla ex parte institutos. Hoc enim vnum est, quod efficit vt Paulus ab Vlpiano dissentire videatur. Ego sic statuo, In tribus illis exemplis quæ primo loco Paulus ponit adiectis articulis coniunctiuis, *&*, *que*, *cum*, in hunc modum *Titius & Mæuius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita *Titius Mæuiúsque heredes sunto*, vel *Titius cum Mæuio ex parte dimidia heredes sunto*, supplendam esse necessariò separatam tertij alterius coheredis institutionem vt fieri possit locus quæstioni De iure prælationis. Cui enim præferretur Titius in portione Mæuij coheredis, si alius coheres nullus esset? Ideóque nimirùm in primo exēplo, itémque in tertio adiecta sunt verba illa *ex parte dimidia* ne dubitare possimus quin ponendum sit in alia parte dimidia Tertium quempiam fuisse institutum. Etsi verò in secundo exemplo de quo solo disputamus eadem verba *pro parte dimidia* aut *ex parte dimidia* adiecta nō sunt, id tamen non alia de causa factum videri potest, quàm quòd parum, aut nihil intersit, an addita sint necne, dummodo tertij coheredis institutionem quam necessariò subintelligendam esse dicimus, vt termini habiles supponantur, ita conceptam esse fingamus, vt in ea mentio alterius partis dimidiæ fiat hoc modo *Sempronius ex parte dimidia heres esto.* Quam suppletionem expressit apertè

Paulus

Paulus in aliis exemplis quæ subiicit in secunda legis parte nulla adiecta copula *versic. videamus*, in illis verbis, *Veluti*, inquit, *Lucius Titius Publius Mæuius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita *Publius Mæuius Lucius Titius heredes sunto. Sempronius ex parte dimidia heres esto*. Nec enim existimādum est Paulum inter hæc exempla repetita dissimilitudinem aliam constituere voluisse quàm quæ ex alicuius copulę vel adiectione vel detractione cõstituatur. Porrò cùm tertij coheredis institutio expressa est his verbis *Sempronius ex parte dimidia heres esto*, nullus dubitationi locus relinquitur quin priores duo Publius Mæuius & Lucius Titius, quamuis sine parte scripti si verborum nudam figuram & corticem inspicias, ex parte tamen dimidia effectu ipso scripti sint, & idcirco in partē dimidiā veniant, ac proinde non tantùm verbis sed etiam re coniuncti esse intelligantur. Quæ res facere debebit vt si fortè Titij portio hereditaria deficiat, soli Mæuio eam adcrescere dicendum sit, tanquam soli coniuncto, quod pertinet ad ius prælationis, Non etiam Sempronio, qui neque re neque verbis coniunctus est, quippe non nisi ad aliam partem dimidiam vocatus. Nā & si poneremus Titium & Mæuium verbis disiunctos fuisse, quæ disiunctio casum dubitabiliorem facere videri posset, re tamen coniunctos, & in eâdem portione institutos, puta hoc modo *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto, Mæuius ex parte qua Lucium Titium heredem institui heres esto, Sempronius ex parte dimidia heres esto*: quo casu dubitari probabilius posset an tres semisses facti essent, an verò in eundem semissem Titius cum Mæuio veniret. Idem tamen dicendum esset vt in eūdem semissem duo coacti & cõiunctim re heredes scripti viderentur propter subsecutam Sempronij ex parte dimidia institutionem. Sic enim Paulus ad finem legis ratiocinatur tā apertè, vt non potuerit apertiùs: Quòd si etiā inter verbis disiūctos adiectio tertij coheredis ex dimidia parte instituti facit vt inter priores duos sit locus iuri adcrescendi & prælationis, Quantò magis idē faciet inter eos qui & re & verbis coniuncti sunt? Quamquam.n. illo in vltimo exemplo priores duo heredes non sine parte sed ex parte instituti proponebantur, id est singuli ex parte dimidia, Manebat tamen illa dubitatio, quod ex alia dimidia institutus videbatur Mæuius, quàm ex qua Titius, Vt verba illa *Ex qua parte Lucium Titium heredem institui*, quotam partem id est similem dimidiam, non eandem significarent acsi scriptum esset *Ex quota parte*. Atque ita certè Paulus respōdisset, si non ex dimidia parte nominatim scriptus fuisset Sempronius. Expressio.n. ista dimidiæ sola est quæ facit vt ad vnam eandémque dimidiam Titius, & Mæuius vocati in eâque coniuncti re esse intelligantur, qui alioquin singuli ad proprium & separatū trientem vocarentur, Quasi ex dimidiis tribus instituti reuocatis scilicet semissibus ad trientes. Idem igitur longè faciliùs probandum est, cùm priores duo etiam verbis coniuncti sunt, quāuis sine parte scripti, Tanquā qui propter institutionem sequētem Sempronij qui ad aliam dimidiam partem vocatus fuit, non modò ex certa parte, sed etiā ex eâdem, id est ex vno eodémq; semisse scripti existimentur. Hic verò casus longè diuersus est ab eo quem Vlpianus tractat *in dict. l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem De hered. instit.* in quo ponendum est fuisse Sempronium sine parte institutum, hoc modo, *Titius & Mæuius heredes sunto, Sempronius heres esto*. In qua specie verbis quidem cõiūcti sunt Titius & Mæuius, sed non etiam re quia sine parte instituti sunt: Nec quod adiectus sit coheres Sēpronius facere potest vt Titius & Mæuius ex parte aliqua nedum ex dimidia instituti videantur, cùm nec Sempronius vlla ex parte sit institutus. Atque ita bene omnia conueniunt, neque Paulus ab Vlpiano

dissentit, vt nec dissētiēdi causa vlla fuit, apud tā magnos viros in ea re quę certissimam habebat iuris rationem, & à iuris nostri Principiis dependentem. Accursius verò, & Bartolus cæteriq; vulgares interpretes lōgè aliter, qui quasi nec dubitationem hanc viderint, Paulum sic intelligunt vt de simplici iure adcrescēdi tractauerit & senserit, non de iure prælationis, nec minùs de legatis quàm de hereditatibus, Vt ex eo loco inferant etiam inter verbis tantùm coniunctos locum esse iuri adcrescendi. Quod vtique tam falsum est in legatis quàm verum est in hereditatibus, in quibus ne quidem verbalis coniunctio necessaria est, non magis quàm realis ad inducendum ius adcrescendi etiam inter inuitos, sed tantùm ad inducendum ius prælationis, quàm in rem vtilis est sola realis, verbalis verò non necessaria, vt suo loco monuimus, Decade 49. & 50. Vbi etiam ostendimus quàm falsum sit quod iidem interpretes putant, Inter coniunctos verbis tantùm legatarios esse locum iuri adcrescendi, cùm partes ab initio habeant ab ipso testatore factas, vt ait *l. re coniuncti 89. De legat. 3.* & consequenter fieri nequeat, vt cui testator partem duntaxat dedit, nos demus totum, quin simus liberaliores testatore, quod tamen semper absurdum est, nisi cùm iuris necessitas cogit nos à voluntate testatoris recedere *l. debitor 59. in fine principij l. facta 63. §. si sub condicione D. ad SC. Trebell.* Vt mirer virū doctissimum Iacobum Cuiacium in eodem Errore perstitisse *lib. 24. Obseruat. c. 34.* quo loco tractans etiam de interpretatione *d. l. triplici*, sequitur errorem aliorum interpretum, nec minùs ad legatarios quàm ad heredes Pauli sententiam vult pertinere, quāuis omnia quæ Paulus adfert exempla sint de heredibus, nullum de legatariis. Placuit hæc nostra interpretatio clarissimis in ciuitate Taurinensi Iureconsultis D. Paulo Conterio & Georgio Fabro, quorū ille magni & pręcipui Doctoris mei Ioannis Antonij Manutij quondā gener videtur mihi cum filia dotis nomine præter cætera etiam ipsam Iurisprudentiam accepisse, Adeò & ingenij acumine, & rationum subtilitate, & legum obscuriorum feliciter explicandarum peritia excellit, ex eáq; causa Iuridicus maior ciuitatis iampridem factus, primi inter meliores causarum patronos nominis famam & postulando, & consulendo non tantùm apud suos, sed & apud exteros quoq; cōparauit. Hic verò mihi vt nomine, ita vetere amicitia, & familiaritate coniunctissimus, etsi mea omnia faciliùs & auidiùs probare solet, quàm fortassis par esset, pro ea tamen qua præstat iuris scientia, & authoritate eo planè digna, qui partes in tam illustri Academia inter Canonici iuris Lectores primas obtineat, facilè mihi persuadet, Posse à doctissimis quibusq; probari, nostra illa omnia quæ ipse iudicij sui dignitate probabilia esse arbitratur. Placuit etiam hęc eadem nostra interpretatio nobilissimo & subtilissimo Doctori Hispano Ioanni Melchiori de Valentia Petri de Valentia potentissimi Regis Hispaniarū generalis historiographi celeberrimi, dignissimo filio, qui assidua librorum meorū lectione studia sua recreare, ac iuuare solitus eam de me scriptisque meis tā præclaram opinionem concepit, vt plerisq; suis ad me literis elegantiæ, eruditionis, vrbanitatis & iudicij plenissimis testatum mihi fecerit, si quando dissentiam à Bartolo cæterisq; interpretibus quòd neq; lubens, neq; valde inuitus persæpe facio, non minus se rationibus & interpretationibus meis tribuere, quàm nudæ aliorū cōtra sentientium authoritati, quæ vel nullis vel non nisi malis falsisque rationibus fulciatur. Hic pro ea, qua in me totus quantus est voluntate sæpius mecum per literas egit de variis & subtilissimis iuris quæstionibus, vt est ille miro ingenij acumine supra ætatē præditus. Nec solùm amoris erga me sui propemo-

dum

dū singularis testandi gratia, quod per se magnum esset mihi & honorificum, Verùm etiam vt si quid in opinionibus nostris occurrat quod vel obscuriùs dictū, vel minùs fortiter cōprobatum esse videatur, maiores à nobis rationes aut meliores interdū sententias extorqueat: In quo sicuti rē facit nobis periucūdā, Ita dignā sanè quæ nos moueat vt tā honesto ipsius voto ac desiderio quātū in nobis est satisfaciamus. Cùm verò inter cætera dubitare se diceret de iis, quæ circa rationē iuris adcrescendi scripseramus, propter respōsum illud Neratij *in d.l.qui patri* 59. *De acqu.hered.*& miraretur non fuisse à nobis explicatā ex professo Pauli sententiā *in d.l.triplici* 142. *De verb.sig.* Nos ad vtramq; ipsius dubitationē respondimus iisdem ferè verbis quæ nos in postremū hoc caput retulimus. Neq; nos spes fefellit quam cōceperamus fore, vt ei vtraq; tandem nostra sententia probaretur. Adeò sibi placet ac blanditur ille in nostris legendis, laudandis, cōprobādis. Dignus autē mihi visus est hic tractatus, quo Chilias nostra concluderetur: Non q̄ alia deessent aut difficiliora, aut subtiliora, quæ fortassis in nouos Coniecturarū libros si quos addere prioribus iuuabit aliquando cōferemus, sed vt hanc captaremus testificādæ nostræ erga nobilissimū & amicissimū Iureconsultum voluntatis, De quo facilè & ex animo libet augurari: Si Iurisprudentiam nostrā perget eo quo cœpit studio colere, [Quidni verò perget cùm in Academia Salamanticæ prælegendo iuri ciuili in ætate ista iam electus sit, &, vt audio, designatus,] non minùs illū inter Hispanos omnes Iurecōsultos laudis consecuturū, quàm inter Lusitanos suos consecutus est Antonius meus Goueanus, quē soleo dicere propriùs quàm alium vllum ætatis nostræ Doctorem ad Papiniani ingenium accessisse. Contigit autē mihi feliciùs quàm sperarā, quòd hanc meam Chiliadē non solùm à Gallis & Germanis, qui primi Coniecturas meas legerunt, laudarúntq; sed etiam ab Italis, Hispanis, Anglis, Polonis aliisq; remotioribus orbis partibus, ad quas Iurisprudentiæ nomē & dignitas peruēnit, hanc meam Chiliadē probatam audio, priusquàm absolutam: Sed illud omnium felicissimè, quod supremarū quoque Curiarū idem iudicium esse intelligo, vt pro Erroribus iam habeant quàm plurimos ex iis ipsis quos in superiores huius Chiliadis partes congessimus. Adeò vt explosis iis sentētias nostras tanquam veriores, & iuris rationi conuenientiores plerasq; amplectantur, suorúmq; Placitorum authoritate tueantur. Quid enim potuit nobis accidere gloriosius, quàm vt tantos Papinianos totius velut orbis terrarū arbitros opinionum nostrarum & lucubrationum non solùm æstimatores habeamus, sed etiam adprobatores beneuolos, & fautores? Non dissimulamus tantum nos honorem iam inde ab initio sperasse, sed à posteris quibus aut nulla, aut minor inuidiæ causa. Denique agnoscimus, & fatemur ingenuè, hanc nos laudem cineribus nostris inuidisse, quibus tantò certiorem & longiorem illam augurabamur quantò tardiorem. Cùm laboribus nostris, quod in cæteris rebus nouis omnibus euenire solet, nec tam facilè, nec tam citò delatum iri tantum gloriæ crederemus.

Gloria tota Deo, qui hæc nobis ocia fecit.
Honestauit me Deus in laboribus,
Labores meos compleat Dominus.

FINIS.

ANT 1319.5

Digitized by Google

A62.